

**LECTURAS UNIDAD**  
**TEMATICA II:**  
**CONTRATO DE**  
**TRABAJO**

060203

ACTAS DEL  
VII CONGRESO DE DERECHO DEL TRABAJO  
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Facultad de Derecho y Ciencia Política  
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Sin embargo, el derecho al libre acceso a las prestaciones pensionarias no es un derecho irrestricto o ilimitado, pues exige que el individuo satisfaga las condiciones legalmente establecidas para tal efecto; así «(...) no todo ciudadano tiene acceso efectivo a los sistemas de pensiones, sino sólo aquellos que, tengan la calidad de trabajadores y que, como tales, observen las exigencias de cada sistema. Lo que garantiza la Constitución es que a aquéllos que cumplan los requisitos y condiciones fijados por ley, no se les niegue acceder al sistema pensionario que elijan»<sup>31</sup>.

De ahí que, el Tribunal Constitucional haya estimado que al no existir derechos fundamentales absolutos, no resulta razonable admitir un retorno incondicionado y sin expresión de causa del Sistema Privado de Pensiones al Sistema Nacional de Pensiones. Por el contrario, dicho retorno se justificará únicamente en aquellos casos en que se configuren los siguientes presupuestos: en primer lugar, que la persona conplia con los requisitos exigidos para acceder a una pensión, en segundo lugar, que no haya existido información para que se realice la afiliación; y, en tercer lugar, cuando se presenten labores que impliquen un riesgo a la vida o a la salud<sup>32</sup>.

En el caso planteado por don Víctor Augusto Morales Medina, el Tribunal Constitucional advirtió la presencia de estos tres elementos, motivo por el cual declaró fundada la demanda de amparo.

#### CONCLUSIONES

Hacia la entrada en vigencia de la Constitución de 1993, no ha sido sino en el ámbito de la justicia constitucional donde los derechos sociales han obtenido especial protección, ya sea frente al legislador, a la administración estatal o a los propios particulares. Esto se hace más evidente si se tiene en cuenta que estos derechos han sido objeto de un importante desarrollo, principalmente, a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la misma que ha precisado su progresividad, exigibilidad y también sus límites.

De esta manera, se van asentando, en nuestro ordenamiento constitucional, las bases para superar aquella concepción positivista y formal según la cual, los derechos sociales son meras declaraciones programáticas. Sin duda, no se trata de una tarea fácil, puesto que esta forma de concebirlas se deriva, en último término, de una debilidad política que es también fruto de una debilidad teórica<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> S/ 10.000, el 8%; por el exceso de S/ 10.000 hasta S/ 20.000, el 12%; y, por el exceso de S/ 20.000, el 15%. Es más, según el artículo 1° de la Ley N.° 28047, actualmente declarado inconstitucional (Expediente N.° 0030-2004-AA/TC), se pretendió variar este parámetro, y uniformizar el pago en 13%, monto que debió modificarse en el 2006 (20%) y posteriormente en el 2009 (27%). En virtud de ello es quizás mucho más sencillo el traslado del SNP al SPP, pues en este caso, el trabajador no tiene que aportar nada más a lo ya contribuido, sino, por el contrario, habrá realizado aportaciones superlativas, aunque ahí entra en juego el bono de reconocimiento, si es que es posible su aceptación. El problema surge, claro está, cuando se somete a discusión el caso contrario (...).» (STC. Exp. N.° 1776-2004-AA/TC, fundamento jurídico 34).

<sup>32</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N.° 1776-2004-AA/TC (Fundamento jurídico 17).

<sup>33</sup> FERRAJOLI, Luigi. En el Prólogo de la obra de Abramovich, Víctor y Courtis Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002, pag. 9.

## EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPLEADOR Y SUS LÍMITES: LA CIBERNÉTICA FRENTE A LOS DERECHOS LABORALES

Carlos Jiménez Silva<sup>1</sup>

### INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación pretende contestar, partiendo del desarrollo del derecho constitucional a la libertad de empresa, del cual deriva el poder de dirección del empleador que regula las relaciones laborales; la siguiente pregunta: ¿Cuál es el límite del poder de dirección del empleador, en el ámbito de las relaciones individuales y colectivas de trabajo, frente al uso del correo electrónico?

El tema resulta importante y oportuno si consideramos que el artículo 59 de la Constitución señala que el Estado garantiza la libertad de empresa, comercio e industrias, del cual deriva el poder de dirección del empleador, sin embargo no se establecen los límites de este poder frente al uso de nuevas herramientas de trabajo.

Según algunos autores, el límite del Poder de Dirección del Empleador sobre sus trabajadores está dado por el Principio de razonabilidad, sin embargo este principio no está recogido en forma expresa en la Constitución. En tal sentido, podemos plantear la siguiente pregunta: ¿Que debemos entender por principio de razonabilidad en las relaciones de trabajo?

Para contestar dichas interrogantes, partimos del desarrollo del Poder de Dirección del Empleador, y a partir de ello establecer sus límites frente al uso del correo electrónico por el trabajador.

### I. PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPLEADOR

1. **Fundamento:** El Poder de Dirección del Empleador, encuentra su fundamento en el artículo 59 de la Constitución, el cual señala que el Estado garantiza la libertad de empresa, comercio e industria y que estimula la creación de riqueza. De lo expuesto, se deduce que la creación y libertad de empresa, supone el organizarla y dirigirla. En este sentido, el Poder de Dirección es consustancial a la empresa, motivo por el cual se busca asegurar el objetivo y la consecución de las metas propuestas.

2. **Definición:** El poder de dirección es la facultad del empleador de sancionar aquellos actos del trabajador que constituyen faltas intencionales en la realización del trabajo, lo que supone una facultad del empleador de fiscalización previa. Estas deben perjudicar la normal producción o comercialización de servicios o alteren directa o indirectamente las relaciones de trabajo. Este poder también

<sup>1</sup> JIMENEZ SILVA, Carlos. Magister en Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Profesor en las Maestrías de Derecho del Trabajo y Seguridad Social y de Administración de Recursos Humanos de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

completa, la facultad del empleador de poder organizar al personal para la producción o comercialización de servicios primarios, secundarios o terciarios, de acuerdo con la calificación de cada trabajador.

A nivel intracstitucional, nuestra legislación define el poder de es definido como la facultad que tiene el empleador para reglamentar las labores, dictar las ordenes necesarias para su ejecución, y sancionar disciplinariamente, estableciendo límites para tal efecto.

3. **Objeto:** El objeto o contenido del poder de dirección es triple. En primer lugar, está la facultad del empleador de dictar instrucciones generales sobre la organización y el funcionamiento de la empresa y sobre la prestación laboral en la misma, así como la facultad de dictar órdenes e instrucciones particulares a un trabajador o a un grupo de trabajadores sobre el contenido y circunstancias del trabajo. En segundo lugar, está la facultad de fiscalización, como consecuencia de la primera potestad de carácter reglamentario del empleador, tal es el caso de registros al trabajador cuando entra y sale de las instalaciones de la empresa. Finalmente, se tiene la facultad sancionadora del empleador frente al incumplimiento de las obligaciones del trabajador derivadas de la prestación de sus servicios.

4. **Naturaleza jurídica:** En relación a la naturaleza jurídica del poder disciplinario del empleador, una parte de la doctrina funda el mismo en la propiedad privada, sobre la cual ejerce el empresario un derecho que tiene que usar de la misma. De ahí que quien tiene los bienes debe tener la dirección de ellos, causa por la cual se justifica la dirección, del cual deriva la potestad disciplinaria.

Sin embargo, la tesis predominante que trata de explicar la naturaleza jurídica del Poder Disciplinario es la que se funda en el propio contrato de trabajo, expresión de la autonomía de las partes. Ello supone, que el trabajador en toda la prestación laboral, entra en la esfera sometida al poder de dirección cuyo titular es la persona para la que se trabaja.

En tal sentido, accediendo esta posición doctrinaria, podemos definir siguiendo a ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, que el Poder de dirección del empleador es la facultad que confiere al empresario el contrato de trabajo, para dar ordenes sobre el modo, tiempo y lugar de la ejecución del trabajo. Este Poder de ordenación de las relaciones de trabajo, comprende la facultad de especificar las prestaciones debidas de acuerdo a las calificaciones personales de cada trabajador.

\* Véase artículo 9 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, TUO del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

\* CABANELLAS, Guillermo. *El Contrato de Trabajo. Parte General*. Volumen I. Tomo I. Bibliografía Onceba. Argentina, página 317.

\* De acuerdo a la teoría relacionista, que adopta nuestro legislador en el artículo 4 del Dec. Sup N° 003-97-TR, toda prestación laboral supone la existencia de un contrato de trabajo.

\* ALONSO OLEA, Manuel; CASAS BAAMONDE, María. *Derecho del Trabajo*. Editorial Civitas. España 2001, página 366.

5. **Límites al Poder de dirección:** El poder de dirección no es un poder absoluto y arbitrario puesto en manos del empleador, es un poder que puede estar limitado en forma conjunta o alternativamente por los siguientes mecanismos: la Ley, por los convenios colectivos de trabajo, por los usos y costumbres, por el contrato individual de trabajo y por el reglamento interno de trabajo.

Estos límites están limitados por su finalidad, esto es el de servir para mantener el orden en la empresa. Los actos del trabajador situados fuera del ámbito de la empresa que no repercutan negativamente sobre el correcto cumplimiento de la prestación de trabajo o pueden perjudicar la imagen de la empresa, no deben ser sancionados.

Además, la facultad sancionadora derivada del poder de dirección debe tener una causa jurídica; es ilícita, si el trabajador no ha cometido la falta, y lo es sino constituye sino pretexto para la sanción.

Finalmente, debe ser ejercido el poder disciplinario en forma proporcional a la gravedad de la falta cometida por el trabajador.

Según CABANELLAS los requisitos que debe reunir la sanción disciplinaria son: el ser inmediata entre la falta cometida y su sanción; la finalidad debe estar referida a la propia prestación del servicio; debe despertar en el sujeto el sentimiento de propia responsabilidad; debe ser proporcional entre la falta cometida y la sanción impuesta.

En nuestro país el poder de dirección está limitado por el principio de razonabilidad y las necesidades del centro de trabajo.

Según AMÉRICO PLA, lo razonable es la proporcionalidad entre las sanciones y la conducta del trabajador, tanto en lo que se refiere a la falta como a su reiteración, así como a los restantes antecedentes del trabajador sancionado.

Respecto a las necesidades del centro de trabajo, esta referido a que los poderes que derivan de la facultad de dirección del empleador deben estar orientados a la prestación de servicios por parte de trabajador dentro del centro u centros de trabajo.

## II. LA CIBERNÉTICA Y EL PODER DISCIPLINARIO DEL EMPLEADOR

Entendemos por cibernética, como la ciencia que tiene por objeto el estudio de la dirección, computación y gobierno de las telecomunicaciones. Esta se diferencia de la informática, porque esta es la ciencia o técnica que estudia el tratamiento y las transmisiones automatizadas de la información. Esto significa, que la cibernética a diferencia de la informática, tiene por objeto de estudio el control de las telecomunicaciones.

En el ámbito del derecho del trabajo, los cyber derechos de carácter individual y colectivo no han sido regulados por ninguna fuente de origen legal o convencional,

\* Op. Cit. Nota 3, página 329.

\* Loc. Cit. Nota 2.

\* PLA RODRÍGUEZ, Américo. *Los Principios del Derecho del Trabajo*. Ediciones de Palma. Buenos Aires, 1998. Tercera Edición. pág. 382.

\* *Diccionario Enciclopédico Ilustrado de la Lengua Española*. Tomo I. Barcelona: Editorial Ramón Sopena S.A. pág. 794.

motivo por el cual corresponde al operador del derecho a aplicar supletoriamente las normas del derecho común, o los principios del derecho del trabajo<sup>10</sup>.

**1. La cibernética y las relaciones individuales de trabajo**

A inicios del siglo XXI se pueden encontrar dos mercados de trabajo uno para los que trabajan con una profesionalidad elevada, bien remunerados y con cierta estabilidad en el empleo; otro para las calificaciones profesionales más bajas, con contratos precarios y retribuciones bajas. Esto se da como consecuencia de las innovaciones tecnológicas, dadas por el internet a partir del año 1993, al extenderse su uso de las universidades a cualquier usuario.

Es a partir de lo expuesto que se empieza a desarrollar la idea del derecho a una adecuada formación laboral en el uso de las nuevas tecnologías, no sólo por el Estado sino por las empresas privadas, porque el desconocimiento de las mismas afecta en medida importante las posibilidades de acceso al mercado de trabajo.

El internet, trae como herramienta el correo electrónico y con ello surgen derecho y obligaciones de tipo laboral, vinculadas con el mismo. Según RASO, es posible definir el correo electrónico a partir de la Jurisprudencia uruguaya como un servicio de mensajería electrónica, que tiene por objeto la comunicación no interactiva de textos, datos o imágenes o mensajes de voz entre un originador y los destinatarios designados y que se desarrolla en sistemas que utilizan equipos informáticos y enlaces de telecomunicaciones<sup>11</sup>.

En atención a lo expuesto, el correo electrónico puede ser analizado respecto a las relaciones laborales de tipo individual desde dos perspectivas:

- 1. La primera como correspondencia o medio de comunicación, como el correo tradicional que se transmite a través de una tecnología digital, a través de servicios que brindan páginas web como Hotmail o Yahoo.
- 2. Como correo electrónico laboral o *e-mail* laboral, que es la dirección electrónica asignada por el empleador, quien contrata los servicios para la empresa, y otorga una herramienta de trabajo para un mejor desempeño de sus labores<sup>12</sup>.

El principal problema que surge en las relaciones individuales de trabajo es el de la vinculación de este medio de comunicación informática con los derechos de privacidad del empleador y del trabajador. El artículo 2º inciso 10 de la Constitución señala que

<sup>10</sup> Conforme al artículo 139º inciso 8 de la Constitución, el Juez no puede dejar de administrar justicia, en caso de defecto o deficiencia de la ley debe aplicar los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario. De igual forma el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil, nos dice que los Jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos deben aplicar los principios generales del Derecho y preferentemente, los que inspiran el Derecho peruano. Se puede apreciar de esta comparación constitucional e infraconstitucional que se incorpora como fuente del derecho al consuetudinario, el cual esta regulado en el artículo 149 de la Constitución, al incorporar a las comunidades campesinas y nativas como una cuarta jurisdicción, las cuales pueden ejercer facultades jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario frente al vacío o deficiencia de la Ley.

<sup>11</sup> RASO DELGUE, Juan. «Los Cyber-Derechos en el ámbito laboral Uruguayo». En: *Revista de Derecho Social Latinoamericano*. Tomo I. Buenos Aires. Editorial Bomarzo Latinoamericana. Año 2006, página. 205.

<sup>12</sup> Véase: NÚÑEZ PAZ, Sandro Alberto. «Alerta: Tienes un E-mail». En: *Actualidad Laboral*. Lima. Octubre del 2004, Número 25.

toda persona tiene derecho al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.

El derecho a la intimidad se proyecta al derecho de las comunicaciones en general a las personas, porque a través de ellas puede estar revelándose aspectos concernientes a aquel espacio que la persona reserva para sí. Es por ello que el Código Civil y Penal regulan y protegen la intimidad a través de diversas comunicaciones como el correo electrónico, las que deben estar ajenas a toda intromisión y captura de las mismas y su divulgación<sup>13</sup>.

Nótese que la prohibición contenida en el artículo 2 inciso 10 de la Constitución esta referida a la correspondencia privada, en tal sentido cabe preguntarnos lo siguiente: ¿El empleador sobre la base de su poder de dirección puede abrir la cuenta de un correo electrónico laboral o debe ser el Juez solamente con un mandato motivado? ¿Estaría justificado por lo tanto el dominio del empleador sobre el servidor, que lo habilita a controlar y no ser controlado? ¿Para que estemos ante un correo electrónico laboral, debe haberse indicado expresamente dicho hecho por el empleador al momento de asignarle una cuenta de correo al trabajador?

Respecto a la primera pregunta pueden encontrarse dos posiciones. La primera, niega la posibilidad de que el empleador pueda abrir la cuenta de correo electrónico laboral sobre la base de su poder de dirección, por cuanto aunque la computadora es una herramienta de trabajo y la casilla electrónica pertenece al empleador, no lo es su contenido, por lo que el monitoreo injustificado del correo electrónico del trabajador compromete su derecho a la intimidad<sup>14</sup>.

Para ELIAS MANTERO se puede presumir que si el empleador le da al trabajador una conexión al servicio de INTERNET implícitamente lo está facultando a su utilización sin restricción de ninguna clase. Para salir de esta presunción que genera dicha conducta debe regularse en forma expresa, siendo la mejor manera de hacerlo mediante el Reglamento Interno de Trabajo cuya presentación ante la Autoridad Administrativa de Trabajo implica que es de conocimiento de todos los trabajadores del centro de trabajo, o mediante la entrega de las instrucciones respectivas recabando el cargo que acredite la notificación<sup>15</sup>.

De acuerdo a lo expuesto, se debe considerar que si el empleador ha permitido el acceso a dicho servicios, por cuanto no los ha prohibido en forma expresa; el trabajador podrá alegar que se ha violado su derecho a la intimidad, si se le despidió por haber utilizado el correo dado por la empresa con fines distintos a los laborales.

La segunda posición, señala que el trabajador no debería tener correspondencia de tipo personal, salvo que el empleador haya facultado al trabajador para utilizarlo

<sup>13</sup> MORALES GODÓ, Juan. «Secreto e Inviolabilidad de comunicaciones y Documentos Privados». En: *La Constitución Comentada*. Tomo I. Lima. Editorial Gaceta Jurídica, página 138.

<sup>14</sup> Esta es la posición de Juan Raso Delgue. Véase: «Los Cyber Derechos en Ambito Laboral Uruguayo». En: *Revista de Derecho Social Latinoamericano*. Número 1, año 2006.

<sup>15</sup> ELIAS MANTERO, Fernando. «Efectos Legales de la Utilización Indevida de los Servicios de Internet Propios del Empleador por parte del Trabajador». En *Revista Laborem*. N° 6. Lima. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, página 94.

relacionada con el poder de dirección del mismo que ejerce sobre el operario, en tal sentido tienen que respetarse los límites señalados por nuestra legislación como lo es la razonabilidad y las necesidades de la organización productiva<sup>18</sup>.

En el Perú podemos encontrar como antecedente trascendente a nivel jurisprudencial, el pronunciamiento emitido por el Tribunal Constitucional en el Expediente número 1058-2004-AA/TC, en los seguidos por el señor Rafael García Mendoza contra SERPOST S.A. En este proceso se declaró fundada la demanda interpuesta ordenándose que la empresa reponga en su puesto de trabajo al ex trabajador, por cuanto se vulneraron sus derechos constitucionales como el de intimidad recogido en el artículo 2 inciso 10 de la Constitución o el artículo 23 de dicho cuerpo normativo que establece que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales. Ello fue así, por la forma como el empleador obtuvo la información para acceder al contenido de la computadora asignada al trabajador, en la cual se encontró material pornográfico.

**2. La cibernética y las relaciones colectivas de trabajo**

Existe en nuestro país una ausencia de normas que regulen el tema sean de tipo legal o convencional, en materia de los cyber derechos colectivos. Entendemos que el uso de INTERNET en las relaciones colectivas de trabajo esta destinada a la posibilidad de su uso por el sindicato, como representante de los intereses de los trabajadores. En tal sentido, es importante determinar si requiere permiso del empleador para hacer uso de dicho medio de comunicación.

En países como el Uruguay, se han dado normas como la Ley N° 17.940 del 2 de enero del 2006, sobre libertad sindical, la cual en su artículo 8 reconoce el derecho de los representantes sindicales de distribuir boletines, folletos y otros documentos entre los trabajadores en los lugares de trabajo, en opinión de RASO al señalar otros documentos se refiere a materiales informáticos transmitidos por correo electrónico, con las únicas limitaciones que deben ser actividades sindicales normales y no deben perjudicar el normal desenvolvimiento de la empresa. Por ejemplo, por ejemplo podrá considerarse que el envío de material masivo de material sindical, que recaegen excesivamente el servidor de la empresa interfiriere con el normal funcionamiento de la misma<sup>19</sup>.

En el Perú la utilización de equipos de propiedad de la empresa está sujeta a lo que decida expresamente el empleador. No consideramos que de ser negativa la posición del empleador respecto al uso de INTERNET por el sindicato para usos sindicales, se estaría violando el derecho a la libertad sindical.

El empleador sobre la base de su poder de dirección, derivada del contrato de trabajo o de la titularidad de los bienes, puede establecer directivas que tengan como fin la actividad productiva de la empresa, en todo caso, según lo señalado por nuestra

con fines personales. Ello por cuanto el contenido del correo asignado por la empresa al trabajador no debe tener injerencia con el tema de la intimidad y con la inviolabilidad de las comunicaciones privadas<sup>16</sup>.

Al respecto, nos inclinamos por la primera posición, por cuanto no existe una prohibición expresa en ninguna norma que prohíba usar la cuenta de correo dada por el empleador con fines personales, es en tal sentido que el empleador debe expresar de manera concreta precisa e inequívoca su posición respecto a la utilización del INTERNET, de manera que se pueda utilizar como prueba en el supuesto de aplicación de medidas disciplinarias al trabajador sobre la base de la aplicación del poder de dirección del empleador. Ello será así, si el trabajador decide recurrir al poder judicial para reclamar de la sanción aplicada. En consecuencia, la prohibición debe ser escrita y no verbal.

Es importante regular en las empresas el uso de INTERNET por sus trabajadores, si consideramos que el trabajador puede distraer mucho tiempo de su jornada de trabajo al realizar labores ajenas a sus obligaciones derivadas del contrato de trabajo. Ello se agravaría si el trabajador permanece más haya de su jornada de trabajo, lo que le daría derecho al pago de horas extras<sup>17</sup>.

Determinada la obligación y conveniencia de regular el uso de INTERNET por el empleador, cabe preguntarse: ¿El empleador puede revisar el contenido del correo si este consigna que es de naturaleza privada? La respuesta, consideramos que es negativa, incluso si se ha pactado expresamente dicha facultad en el contrato de trabajo celebrado con el empleador, por cuanto vulnera el derecho de intimidad del trabajador, regulado por el artículo 2 inciso 10 de la Constitución y complementado por el artículo 23 de la Constitución, que establece que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador, y con el artículo 26 de dicho cuerpo normativo que establece que deben respetarse los derechos reconocidos por la Constitución y la Ley.

De acuerdo a lo mencionado, nos preguntamos: ¿que mecanismo tendría el empleador para sancionar el uso del INTERNET asignado expresamente al trabajador con fines estrictamente laborales? La respuesta es que la sanción que aplique el empleador estaría referida, al incumplimiento de obligaciones derivadas del contrato de trabajo o del incumplimiento del reglamento de obligaciones derivadas del contrato consignado (dicha prohibición en dicho documento), como lo sería introducir en la computadora asignada por el empleador información de tipo personal, pero sin que ello lo faculte a revisar el contenido de dichos correos privados.

Debe tenerse presente, que la aplicación de la sanción al trabajador que hace uso inadecuado de los servicios de INTERNET proporcionados por el empleador, esta

<sup>16</sup> Op. Cit. Nota 12, pág. 28.

<sup>17</sup> Conforme el artículo 1 del Dec. Sup. N° 011-2006-TR, que modifica el artículo 7 del Dec. Sup. N° 004-2006-TR, si el trabajador permanece después de la hora de salida se presume que el empleador ha dispuesto la realización de labores en sobretiempos durante todo el tiempo de permanencia del trabajador, salvo prueba en contrario objetiva y razonable.

<sup>18</sup> Artículo 9° del Decreto Supremo N° 003-97-TR.

<sup>19</sup> Op. Cit. Nota 11, página 209.

legislación la utilización indebida de los bienes de la empresa para fines propios o de terceros constituye falta grave<sup>21</sup>.

No obstante expuesto, puede permitirse a los trabajadores a través de su sindicato o agrupación que los represente el uso de Internet, en tal sentido hay que buscar salidas o mecanismos que no interfieran con el buen desempeño de los trabajadores, o los objetivos de la organización productiva. En tal sentido, es importante resaltar experiencias de otros países como el Uruguay, donde el Banco denominado de la República Oriental del Uruguay, a dispuesto la creación de un portal en la página interna del organismo con el fin de difundir la información de carácter gremial, así como proveer un ámbito de comunicación de buena calidad entre los funcionarios de foros de opinión. Entendemos, que se podría acceder a dicha página WEB fuera de horas de trabajo cívico, o en horario de refrigerio.

### III. EL CORREO ELECTRÓNICO Y LOS LÍMITES DEL PODER DISCIPLINARIO

Resumiendo lo señalado en el punto anterior podemos determinar hasta donde puede el empleador fiscalizar y sancionar al trabajador por el uso indebido de la cuenta de correo electrónico que este le pueda asignar, en función de la modalidad de trabajo que realiza el trabajador. Así tenemos:

#### 1. En las instalaciones de la empresa

El empleador sobre la base del poder de dirección, puede reglamentar las labores en cuanto al uso del correo electrónico, ello entendemos que le da derecho a prohibir al trabajador el uso de la cuenta de correo asignado para fines ajenos al trabajo, en tal sentido el mismo podrá revisar si en la computadora del trabajador existen correos de carácter privado, pero no podrá ingresar a leer los mismos.

Es importante que el empleador regule por escrito el uso del correo sea por contrato de trabajo o reglamento interno de trabajo, por que evita que se pierda valioso tiempo de trabajo efectivo o que se tenga que pagar horas extras porque el trabajador se queda más fuera de su jornada de trabajo, justamente por el uso inadecuado de la cuenta asignada.

En dicho supuesto, y habiéndose advertido expresamente al trabajador que la cuenta asignada de correo es con fines estrictamente laborales puede sancionarse al trabajador, pero teniendo en cuenta el límite del poder de dirección del empleador que es la razonabilidad de la sanción a aplicarse que esta en relación directa con la proporcionalidad respecto a la falta cometida y a los fines de la organización productiva. Por ejemplo, el trabajador cometerá una falta grave que puede dar lugar al despido sino se ha podido cumplir con un pedido importante en la fecha acordada, por no haber cumplido con su trabajo en el tiempo acordado, habiéndose demostrado que el mismo utilizo gran parte de su tiempo en utilizar la cuenta de correo asignada por la empresa con fines particulares.

#### 2. Fuera de las instalaciones de la empresa : El teletrabajo

Una de las formas de prestar servicios al empleador es fuera de las instalaciones de la empresa utilizando medios informáticos o de telecomunicaciones, forma de

prestación de servicios que no es encuentra regulada actualmente en nuestra legislación en forma expresa<sup>22</sup>. En tal sentido es importante determinar como el empleador ejerce su poder de dirección en esta clase de prestación de servicios.

Sobre el particular, el empleador puede ejercer el control de dos formas, dependiendo si las labores se prestan por computadores con sistema on line o off line. En el primer caso, no hay problema el empleador en forma constante ejerce un control sobre el trabajo que realiza el servidor, en el segundo caso, el control es posterior, esto significa que se le encargará al trabajador el desarrollo de una labor sobre la base de ciertos parámetros metodológicos, los cuales serán verificados cuando se entregue el trabajo encomendado.

En el primer supuesto, no hay problema respecto a la fiscalización sobre el uso que pueda hacer el trabajador respecto a la cuenta de correo asignada, si es que la computadora pertenece a la empresa y el local que este ubicado fuera de las instalaciones del centro de trabajo, en un centro piloto (cerca de los domicilios de los trabajadores que buscan evitar largos desplazamientos de los mismos, de su domicilio a su centro de trabajo, con pérdida de tiempo y dinero, ocasionados en gastos de transportes). En este supuesto, el empleador podrá sancionar al trabajador si utiliza el correo asignado para enviar correos de tipo privado, aunque consideramos que la sanción a aplicar en estos supuestos sería mínima, atendiendo a un principio de razonabilidad, por cuanto el trabajador al prestar servicios fuera de las instalaciones de la empresa lo hace sin fiscalización inmediata y consecuentemente no esta sujeto a jornada máxima de trabajo ni derecho al pago de horas extras, pago que si podría exigir si trabaja sujeto aun horario dentro de las instalaciones de la compañía.

En el segundo supuesto, el control del uso del correo electrónico se ve fuertemente limitado, por cuanto es posterior a la labor encomendada, en todo caso el trabajador podría ser sancionado, si se demuestra un nexo de causalidad entre el incumplimiento del trabajo encomendado y el envío de correos electrónicos de carácter privado, no obstante que el empleador no autorizo el uso de la cuenta de correo con fines privados.

### IV. EL ASPECTO PROBATORIO EN EL PROCESO LABORAL Y EL CORREO ELECTRÓNICO

Podemos analizar el aspecto probatorio dentro del centro de trabajo y fuera del mismo, respecto a la utilización indebida del correo electrónico y el despido del trabajador por la comisión de falta grave.

#### 1. Aspecto probatorio al interior de la empresa

Respecto al primer aspecto, tal como se desprende de lo establecido por el Tribunal Constitucional en una resolución recaída en el expediente N° 1058-2004-AA/TC en

<sup>21</sup> Se puede equiparar actualmente al trabajo a domicilio, definido actualmente por el artículo 87 del Dec Sup. N° 003-97-TR, como el que se ejecuta, habitual o temporalmente, en forma continua o discontinua, en el domicilio del trabajador, o en el lugar designado por este. En el Perú, se incorporará por primera vez como contrato de trabajo a distancia el teletrabajo, en forma expresa, de aprobarse el Proyecto de Ley General de Trabajo, el cual señala en el artículo 39, que el trabajo a distancia es el que se realiza sin la presencia física del trabajador en la empresa, con la que mantiene conexión a través de medios informáticos y de telecomunicaciones y análogos, mediante los cuales se ejercen, a su vez, el control y supervisión de los mismos.

los señalados por Rafael García Mendoza contra Serpost S.A. (fundamento 9), cuando se alegue la comisión de falta grave por el empleador, por la comisión del uso indebido del correo electrónico—bien sea encuadrado en la causal de despido por falta grave por incumplimiento de las obligaciones laborales o del reglamento interno de trabajo— se debe precisar y probar en que se sustenta en la imputación de cargos al trabajador, por la utilización indebida del correo electrónico, en este caso con fines pornográficos. Ello se debe materializar en la carta de pre despido, para que el trabajador pueda ejercer adecuadamente su derecho de defensa, señalado en el artículo 2 inciso 23 de la Constitución.

Además, conforme al fundamento 12 de la sentencia en comentario, no se puede exonerar al trabajador de asistir a su centro de trabajo mientras dure el trámite previo de despido al interior del centro de trabajo, por cuanto ello perjudicaría el derecho de defensa del trabajador al no acceder a los medios informáticos sustentatorios, para que efectúe sus descargos<sup>27</sup>.

## 2. Aspecto probatorio al exterior de la empresa

¿Cabe preguntarnos para desarrollar este punto lo siguiente: ¿Las pruebas obtenidas como consecuencia de la lectura del contenido del correo electrónico del trabajador, pueden ser utilizados como medios probatorios ante una demanda judicial del mismo, para demostrar que el despido fue justificado, en razón que se utilizó el correo electrónico asignado para fines particulares? Al respecto la respuesta estará en función del contenido que se analiza. De este modo, si se analiza el contenido del correo de la empresa, que no es de carácter privado del trabajador, no será una prueba inválida en la medida que la empresa haya advertido por escrito previamente al trabajador que se reservaba dicha facultad.

Si se trata de comunicaciones privadas del trabajador, no se podrá acceder al contenido de las mismas, porque en dicho supuesto dicho documento obtenido será ineficaz, conforme lo señalado por el artículo 2 inciso 10 de la Constitución<sup>28</sup>.

De accederse de esta forma, al contenido del correo electrónico privado del trabajador, dicha prueba obtenida será ilícita por contravenir un derecho fundamental señalado en la Constitución en la norma antes señalada, a diferencia de la prueba irregular que es la obtenida con infracción de la ley.

La naturaleza ejecutiva y la auto operatividad de los derechos fundamentales no requiere de una norma legal infraconstitucional para hacerse efectivos, más aún si el propio artículo 2 inciso 10 de la Constitución, señala expresamente la ineficacia de la

<sup>27</sup> Conforme el artículo 31 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, el empleador no podrá despedir al trabajador sin antes otorgarle por escrito un plazo razonable no menor de seis días naturales para que pueda defenderse de los cargos que se le formulan, salvo el caso de flagrancia en que no sea razonable dicha posibilidad. El empleador puede exonerar al trabajador de la obligación de asistir a su centro de trabajo, siempre que no perjudique el derecho de defensa del trabajador y le abone la remuneración y demás derechos y beneficios que pudieran corresponderle.

<sup>28</sup> De dicho parecer es el Tribunal Constitucional, véase el fundamento 22 de la sentencia recaída en el expediente N° 1058-2004-AA/TC.

prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales. Dicho artículo recoge lo señalado por la doctrina que prefiere señalar la ineficacia o inutilidad de la prueba antes que la nulidad de la misma<sup>29</sup>.

## V. CONCLUSIONES

1. El poder de dirección del empleador, es la facultad que tiene de reglamentar las labores, fiscalizar su cumplimiento y eventualmente sancionar cualquier incumplimiento por parte del trabajador. Los límites impuestos en nuestra legislación están referidos a la razonabilidad de su ejercicio, esto supone que deben ser proporcionales y orientados a la necesidad del centro de trabajo, en tanto dicho poder tiene su fundamento en el derecho a la libertad de empresa, comercio e industria, garantizada en el artículo 59° de la Constitución por el Estado.
2. El control del empleador y eventualmente sanción sobre el trabajador, por el uso indebido de la cuenta de correo electrónico asignada por la empresa, tiene principalmente su justificación, en que no se distraigan horas efectivas de trabajo o que tenga el empleador que pagar horas extras.
3. El empleador solo podrá fiscalizar los correos electrónicos enviados por el trabajador, si es que previamente se le advirtió en forma expresa de ello. Esta fiscalización, es desde afuera, no incluye el contenido de los correos privados, por cuanto ello vulneraría el derecho al secreto en la correspondencia o intimidad del trabajador.
4. No se puede utilizar como medios probatorios válidos, el contenido de los correos electrónicos, que tengan la calidad de privados del trabajador, incluso de haberse obtenido con consentimiento del trabajador, ello afectaría el derecho constitucional al secreto de la correspondencia e intimidad de la persona.

## VI. RECOMENDACIONES

1. Que se regule el derecho del empleador a establecer las condiciones de uso de la cuenta de correo electrónico asignado al trabajador, sin que ello signifique que pueda revisar el contenido de la correspondencia privada del trabajador, porque violaría el derecho al secreto de la correspondencia e intimidad del mismo. De acuerdo a lo expuesto el derecho del empleador se limitaría a revisar la correspondencia remitida por el trabajador, perteneciente a la empresa, y a verificar que no se use la computadora asignada por la compañía para el envío de correos privados, salvo pacto en contrario.
2. Que se regule el derecho de los trabajadores, representados por su sindicato o por medio de representantes, al uso de los medios electrónicos con fines de defensa de sus derechos, sin que se interfiera con el normal funcionamiento de la empresa.



PROTECCIÓN DEL MUNDO DEL TRABAJO

Rodolfo Capón Filas\*

RESUMEN

La dignidad del hombre, ser ecosistémico, pasional, social, reflexivo, sostenido en la existencia, prospectivo, es sagrada. De la dignidad del trabajador procede el principio protector, el de la duda también en la valoración de la prueba y el de la irrenunciabilidad de sus derechos. El modo cómo trate a los trabajadores mide la calidad de la sociedad en su conjunto.

Para garantizar el principio protector y sus consecuencias, son necesarios medios macrosociales y microsociales, entre ellos un adecuado Modelo de Desarrollo con rostro humano, el control de constitucionalidad, la sanción de normas hominizadoras, sindicalismo adecuado, negociación colectiva razonable, fuerte presencia de los trabajadores en la dirección de las empresas y razonable ejercicio del derecho de huelga. Para lograr un espacio de convivencia en el Mercosur y en el mundo, cabe denunciar los incumplimientos laborales tanto a la Organización Internacional del Trabajo como al Grupo Mercado Común del Sur, ajuste estructural, genocidio.

Palabras claves

Dignidad del hombre, principio protector, principio de la duda, irrenunciabilidad de derechos, modelo de desarrollo con rostro humano, control de constitucionalidad, sanción de normas hominizadoras, sindicalismo, negociación colectiva, presencia de los trabajadores en la dirección de las empresas, derecho de huelga, denuncia internacional, judicialidad de los derechos económicos, sociales y culturales, «orden público económico». «Los blancos nos llaman incivilizados. Sin embargo, nosotros que no tenemos normas escritas, cumplimos las que sancionamos. Ellos, que sancionan muchísimas leyes, no las cumplen. ¿Quién es incivilizado?» Lucía Fernanda Jofej-Kaungang, integrante de la etnia Kaungang, egresada como abogada de la Universidad Regional del Noroeste del Estado de Río Grande del Sur (UNIJUD). Oficinas Jurídicas del III Foro Social Mundial (Porto Alegre, RS, enero 2003).

I. LECTURAS ELEMENTALES

a. Lecturas desde la realidad

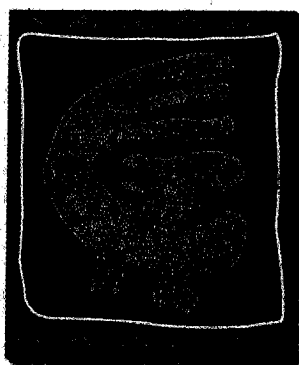
1. En nuestra cultura urbana, sacudida desde sus raíces por la indiferencia y el subjetivismo, nadie acepta de buen grado la existencia de personas que deben ser protegidas. Si todos somos iguales, ¿cuál es la razón para proteger a unos y a otros no?

\* Abogado. (U.Nacional del Litoral). Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (U.Nacional del Litoral). Se desempeña como Decano Académico del Departamento de Derecho Público y Social de la U.A.Kennedy desde 1999. Es Director de la Revista Científica Equipo Federal del Trabajo (<http://www.eft.org.ar>)

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María (2001) *Derecho del trabajo*. Editorial Civitas. Madrid. España.
- ALONSO OLEA, Manuel y MIÑAMBRES PUIG, César (1991) *Derecho procesal del trabajo*. Editorial Civitas.
- ASOCIACIÓN LABORAL PARA EL DESARROLLO (1993) *Constitución, trabajo y seguridad social. Estudio comparado en 20 constituciones hispanoamericanas*. Editorial ADECCATC.
- CABANELLAS, Guillermo (1963) *Contrato de trabajo. Parte general*. Volumen I. Argentina. Bibliográfica Omeba.
- CASTILLO ALVA, José Luis (2005) «Breves apuntes sobre la prueba ilícita». En: *Diálogo con la Jurisprudencia* N° 83. Lima. Editorial Gaceta Jurídica.
- DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO ILUSTRADO (s.a.) Editorial Sopena. Barcelona. Tomo I.
- ELLAS MANTERO, Fernando (2006) «Efectos legales de la utilización indebida de servicios de internet propios del empleador por parte del trabajador». En: *Revista Laborum* N° 6. Lima. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- JIMENEZ SILVA, Carlos Humberto (2004) El contrato de trabajo a distancia en el anteproyecto de Ley General de Trabajo. Libro de Ponencias Primer Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima.
- LOPEREJO, Antonio (2006) «El impacto de las tecnologías de la información en el derecho del trabajo italiano». En: *Revista de Derecho Social de Latinoamérica*. Número I. Argentina. Ediciones Bomarzo Latinoamericana.
- MARTÍN VAMARDE, Antonio; RODRÍGUEZ-SAÑUDO, Fermín; GARCÍA MURCIA, Joaquín (1991) *Derecho del trabajo*. España. Editorial Tecnos.
- MORALES GODO, Juan (2005) «Secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados». En: *La Constitución Comentada* Tomo I. Lima. Editorial Gaceta Jurídica.
- PLA RODRÍGUEZ, Américo (1998) *Los Principios del Derecho del Trabajo*. Ediciones de Palma. Buenos Aires.
- NÚÑEZ PAZ, Sandro Alberto (2004) «Alerta: Tienes un E-mail». En: *Revista Actualidad Laboral*. Lima.
- RASO DELGUE, Juan (2006) «Los cyber-derechos en el ámbito laboral uruguayo». En: *Revista de Derecho Social de Latinoamérica*. Número I. Argentina. Ediciones Bomarzo Latinoamericana.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (2006) *La Constitución en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Editorial Gaceta Jurídica.

**"DESAFÍOS Y PERSPECTIVAS DEL DERECHO DEL TRABAJO  
Y DE LOS REGÍMENES DE PENSIONES EN EL PERÚ"**



*Ansumita-Nutria Marina*

---

**PRIMER CONGRESO NACIONAL  
DE LA SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO  
DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

**SPDTSS**

## EL CONTRATO DE TRABAJO A DISTANCIA EN EL ANTEPROYECTO DE LA LEY GENERAL DEL TRABAJO

CARLOS JIMÉNEZ\*

### **Sumario:**

Introducción I. Concepto de teletrabajo 1. Subordinación. 2 Para subordinación II. Derechos de los trabajadores con contrato de trabajo a distancia. 1. Condiciones de trabajo. 2. Beneficios sociales. III. Clases o modalidades del trabajo a distancia. 1. En función de los canales de conexión entre el que presta el servicio y el que recibe el mismo A. Cuando existe conexión. B. Cuando no existe vinculación. 2. En función del lugar donde se desarrolla el servicio A. El realizado en un centro de trabajo distinto a la empresa B. El realizado en el domicilio del trabajador. C. El trabajo a distancia móvil. IV. Aspectos a considerar.

### INTRODUCCIÓN

Como consecuencia de la crisis de la ideología marxista soviética, cuyas principales manifestaciones fueron la caída del muro de Berlín el 9 de noviembre de 1989, el colapso del partido comunista y la disolución de la URSS el 25 de diciembre de 1991, por efecto del crecimiento del nacionalismo entre repúblicas soviéticas multiétnicas; el panorama de la economía mundial cambia, propagándose el liberalismo. Este hecho originó que el Estado pase de una concepción de garantismo social sobre cuyas bases

---

(\*) Magíster en Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Profesor de Derecho y Relaciones de trabajo y Derecho de Empresa en la Maestría en Administración de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

se desarrolló el derecho del trabajo<sup>1</sup>, a uno liberal que impulsará la desregulación y flexibilidad de los ordenamientos laborales, partiendo de una economía de libre mercado fundamentada en ventajas comparativas entre empresas, dado unas poseen mejores recursos naturales y cualificación laboral para producir bienes y servicios.

En tal sentido el modelo de las relaciones de trabajo cambió, bajo la influencia de esta nueva ideología aunada al aporte de nuevas tecnologías en la ejecución del trabajo como la biotecnología, la microelectrónica, la tecnología de la información como lo es el Internet a partir del año 1993, al extenderse su uso de las universidades a cualquier usuario, y el uso de fibras ópticas o satelitales en las comunicaciones.

Estos hechos originaron el cambio de la organización del trabajo, donde el individuo en su concepción pasa a ser el centro de imputación normativa del derecho del trabajo, extendiéndose el trabajo independiente y externo a la empresa, donde las unidades productivas, sean de servicios primarios, secundarios o terciarios, serán reducidas en trabajadores (los cuales tienen gran movilidad funcional dentro de la empresa), y son contratadas por unidades empresariales, en calidad de intermediarias o terceras a las mismas, para el desarrollo de parte de su proceso productivo.

Para ANTONIO RODRÍGUEZ, las causas del replanteamiento del derecho del trabajo son las siguientes: a) la crisis del sistema taylorista o fordista de organización del trabajo que determinan las propias formas de prestación de servicios; b) la descentralización productiva empresarial que se traduce en nuevas modalidades de prestación de servicios; c) el aumento sustancial del sector servicios propio de una sociedad post industrial; c) los cambios sustantivos que se han ido produciendo en la estructura social de los países<sup>2</sup>.

Estos cambios de las relaciones de trabajo constituyen la última alteración de la estructura del contrato de trabajo clásico o típico de los últimos veinte años, constituyendo actualmente el centro de discusión de la naturaleza del contrato de trabajo. La primera fue el cambio de contrato indeterminado a determinado: la segunda fue el tiempo del trabajo relacionada con la jornada diaria o semanal: El trabajo a tiempo parcial pese a que los trabajadores están en disponibilidad de trabajar a tiempo completo<sup>3</sup>.

Es en tal orden de ideas que surge el Teletrabajo, recogido por primera vez en el anteproyecto de la Ley General de Trabajo bajo la denominación de contrato de traba-

- 1) Mediante el garantismo social el Estado interviene mediante reglamentaciones en las relaciones individuales y colectivas de trabajo, dejando poco margen de actuación a la autonomía colectiva como manifestación de la libertad de contratación para que los trabajadores y empleadores autorenegulen sus relaciones de trabajo.
- 2) ANTONIO RODRÍGUEZ, Francisco. El Teletrabajo en España ¿Trabajo Subordinado o Autónomo? En Libro de Ponencias del V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Pág. 226.
- 3) Véase J. AMEGLIO, Eduardo. Problemática Actual del Contrato Individual de Trabajo: Frontera entre el Trabajo Subordinado y el Trabajo Independiente. En Libro de Ponencias del V Congreso Regional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Pags. 118-119.

jo a distancia, como una de las formas de prestación de servicios fuera de las instalaciones de la empresa.

## I. CONCEPTO DE TELETRABAJO

Este concepto que aparece por primera vez en Estados Unidos en los años '60, como consecuencia de los trabajos de Norbert Wiener sobre cibemética, sin embargo se comienza a extender como una modalidad de trabajo en el mencionado país a partir del año 1976<sup>4</sup>. Se entiende que la generalización del teletrabajo fue consecuencia de la crisis del petróleo, cuando aparece, por un lado, la necesidad de ahorro energético y, por otro, la posibilidad de trabajar a distancia y reducir la pérdida de tiempo en desplazamientos innecesarios del domicilio al centro de trabajo, utilizando las nuevas tecnologías que se dan mediante este tipo de trabajo.

El teletrabajo, es definido por RASO DELGUE como toda actividad que se realiza fuera de los locales de trabajo de la empresa, mediante el uso generalizado de aparatos informáticos y de telecomunicaciones, para la transmisión del resultado de trabajo<sup>5</sup>

Para otros se define como el trabajo efectuado en un lugar apartado de las oficinas centrales o de talleres de producción, no manteniendo el trabajador contacto personal con sus colegas pero esta en condiciones de comunicarse con ellos por medio de nuevas tecnologías<sup>6</sup>

En el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo se ha definido el mismo como una forma de organización y/o realización del trabajo, utilizando tecnologías de la información en el marco de un contrato o de una relación de trabajo, en la cual un trabajo que podría ser igualmente efectuado en los locales de la empresa se efectúa fuera de los locales en forma regular<sup>7</sup>.

En los artículos 32º, 39º y 41º del anteproyecto de Ley General de Trabajo se recoge dicha definición, con el añadido que la empresa receptora del trabajo a distancia, mantiene el control y la supervisión pero sólo mediante los medios informáticos y de telecomunicaciones, estando facultada la misma sólo a establecer las regulaciones de metodología y técnicas del trabajo a realizarse.

- 
- 4) Un estudio sobre el tema se puede encontrar en MAYOR SÁNCHEZ, Jorge Luis. *El Teletrabajo o el Trabajo en Internet y la Ordenación del Tiempo de Trabajo de los Teletrabajadores y el Uso de Nuevas Tecnologías en la Sociedad de Información Virtual* En Asesoría Laboral N° 164. Agosto de 2004
  - 5) RASO DELGUE, Amalio. En: *La Contratación Atípica del Trabajo*. Editorial y Librería Jurídica. Montevideo Uruguay 2003. Pags. 276-277
  - 6) DI MARTINO, Vittorio y Linda WIRTH. *Teletrabajo: Un Nuevo Modo de Trabajo y Vida*. Revista Internacional del Trabajo Volumen 109. 1990. N° 4. Pag. 471.
  - 7) Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo celebrado el 16.03.02 en Bruselas, por las organizaciones de representación de empleadores y por la Confederación Europea de Sindicatos. Este acuerdo beneficia a 4 millones y medio de teletrabajadores pertenecientes a la Unión Europea que prestan servicios bajo esta modalidad de trabajo

Respecto a la naturaleza de los servicios, en el anteproyecto se consigna que tienen el carácter de subordinados, y que son elementos que contribuyen a demostrar la subordinación del que presta el servicio frente al contratante, la continuidad de la ejecución de la prestación, la provisión por el empleador de los medios físicos y métodos informáticos, la dependencia tecnológica y la propiedad de los resultados.

Sin embargo se debió especificar que dentro de los alcances del trabajo a distancia, se encuentran las labores realizadas en forma coordinada entre el que presta el servicio mediante medios informáticos y telecomunicaciones y el que recibe el mismo, esto significa que las partes se pongan de acuerdo sobre el lugar de la prestación del servicio, la modalidad del mismo y el horario de trabajo.

### 1. Subordinación

La subordinación es definida normativamente, como aquella mediante la cual, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene las facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de razonabilidad cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador<sup>8</sup>

La existencia de dicho elemento va a suponer la presencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado, cuando el servicio sea remunerado y personal<sup>9</sup>.

En forma concordante se ha venido interpretando en el ámbito judicial que, a falta de demostración por el accionante con por lo menos indicios<sup>10</sup>, que sus servicios sean subordinados, no existirá un contrato de trabajo sino uno de carácter independiente, de locación de servicios, comisión mercantil o contrato de obra y en consecuencia el mismo no tendrá derecho a reclamar el pago de beneficios sociales<sup>11</sup>

Sin embargo, no se ha recogido en la actual legislación las nuevas modalidades de prestación de servicios que han surgido, producto del cambio del sistema de relaciones de trabajo a partir del año 1980, generado por la tercerización de servicios, hecho que ha producido una descentralización productiva de las labores de la empresa, la que ha derivado en la celebración de contratos semi independientes donde el lugar, forma y

8) Artículo 9° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, que aprueba el T.U.O. Del Dec. Leg. N° 728

9) Artículo 4° del Decreto Supremo N° 003-97-TR.

10) El artículo 276 del Código Procesal Civil define como indicio al acto o circunstancia suficientemente acreditado a través de los medios probatorios que adquieren significado en su conjunto cuando producen al Juez certeza en torno a un hecho desconocido no relacionado a la controversia.

11) Dicha interpretación se ha efectuado sobre la base de lo señalado por el 27° inciso 1) de la Ley N° 26636, en donde se establece que le corresponde al trabajador probar la existencia de la relación laboral. En el Pleno Jurisdiccional Laboral del año 2000 celebrado en la ciudad de Tarapoto, se acordó que si el Juez constata la existencia de una relación laboral a pesar de la celebración de un contrato de servicios civil o mercantil, deberá preferir la aplicación de los principios de la primacía de la realidad y de irrenunciabilidad sobre la base de la buena fe contractual regulada en el Código Civil.

modo de las labores es coordinado por el usuario del servicio con el que presta el mismo, y donde no se puede hablar en strictu sensu de la existencia de una subordinación, que supone la existencia de un contrato de trabajo, ni de un trabajo independiente, sino de una parasubordinación como señala la doctrina italiana.

Consideramos que este tipo de trabajo debe tener algún tipo de protección desde el punto de vista laboral en forma diferenciada al contrato típicamente subordinado, más aún si consideramos que algunas figuras como la de teletrabajo pueden encuadrarse dentro de esta categoría de trabajos parasubordinados.

En el anteproyecto de ley en comentario no se define la subordinación como tal, sólo se indica los elementos que contribuyen a tipificar su existencia, tratándose de contratos de trabajo realizados a distancia. No se considera que podemos estar frente a servicios que no sean ni subordinados ni independientes, sino coordinados entre el que presta el servicio y el que recibe el mismo.

## 2. Parasubordinación

Se define como el trabajo prestado para otro en forma predominantemente personal, continuada y coordinada y con cierta autonomía e independencia jurídica<sup>12</sup>

Se entiende que la labor es personal porque la prestación del servicio se realiza en forma preferentemente individual, sobre el posible aporte de colaboradores.

Con respecto al elemento denominado de continuidad que caracteriza a la parasubordinación, se materializa en el servicio prestado mediante la ejecución de una obra o servicio sea de carácter profesional o no a tiempo determinado o indeterminado.

El elemento coordinación como conexión funcional entre el que presta el servicio o ejecuta la obra y el que recibe la misma, supone que el trabajador, de manera autónoma o en acuerdo con el empleador, determine la modalidad del trabajo, el lugar y el tiempo de la ejecución del mismo. Este es el elemento distintivo entre la parasubordinación y la subordinación, donde se puede concluir la inexistencia de directivas del empleador para la ejecución de las labores por el trabajador<sup>13</sup>.

Este tipo de personal que no encuadran dentro de la categoría ni de subordinados ni de independientes, merecen un tipo de protección diferenciado de los trabajadores que prestan servicios netamente subordinados, por cuanto tienen mayores prerrogativas que los trabajadores que desarrollen sus labores bajo un contrato de trabajo, en cuanto tienen la posibilidad que, de mutuo acuerdo con su empleador, puedan determinar la forma, el modo, el tiempo y el lugar de la prestación. En tal sentido, la intensidad de los

12) *Ibidem*, nota 5.

13) El trabajo parasubordinado tiene en común con la relación de trabajo típica o subordinada, la dependencia económica y funcional y la debilidad contractual del que presta el trabajo.

derechos laborales debe ser menor que los que reciben aquellos trabajadores que prestan servicios mediante contratos de trabajo típicamente subordinados.

En consecuencia, sé está de acuerdo con la posición de la doctrina que propugna que el trabajo coordinado se eleve al rango de protección que tiene el trabajo típico subordinado.

Se considera que el teletrabajo puede encuadrar en la categoría de trabajo parasubordinado, debiendo precisarse dentro de la definición de contrato de trabajo a distancia dicho concepto o la coordinación, modificando para tal efecto el último párrafo del artículo 39° del anteproyecto, en cuanto indica que por el trabajo a distancia el empleador ejerce a través de medios informáticos el control y supervisión del trabajo, por cuanto labores como el teletrabajo pueden ser coordinadas y no necesariamente supervisadas por el que recibe el servicio.

## II DERECHOS DE LOS TRABAJADORES CON CONTRATO DE TRABAJO A DISTANCIA

### 1. Condiciones de trabajo.

Tratándose en el presente caso de una nueva categoría de trabajadores, quienes desarrollan sus labores fuera de las instalaciones del centro de trabajo, como consecuencia del aumento de la descentralización de las labores productivas de la empresa, principalmente en actividades terciarias de comercio y servicios, es difícil regular las condiciones de trabajo en que se presta el servicio, en todo caso, éstas estarán en función del lugar donde se realice el mismo.

Las dificultades para regular las condiciones de trabajo de los indicados trabajadores, pueden presentarse cuando los mismos presten sus servicios en su domicilio porque en dicho supuesto el poder de supervisión del empleador sufrirá impedimentos, toda vez que no podrá ingresar al mismo sin permiso del trabajador y en las condiciones que éste determine, a fin de no vulnerar su derecho a la inviolabilidad de domicilio<sup>14</sup>.

Las normas de prevención de riesgos, en la mayoría de los casos, basan su aplicación en la existencia de un control directo por parte del empleador, de los principales factores de riesgo, entre ellos, el propio lugar de trabajo, hecho que no podrá coordinarse en este tipo de contratación a distancia.

Los principales efectos del trabajo a distancia sobre la salud del trabajador derivan del uso prolongado de las pantallas de los terminales de computación. Entre los riesgos más comunes se señalan los de tipo psíquico, como la fatiga mental, la mala postura

14) Según el artículo 2° de la Constitución toda persona tiene el derecho a la inviolabilidad de domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones ni registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial. Además la supervisión del empleador no puede ser de forma directa e inmediata sino sólo mediante medios informáticos o de telecomunicaciones, en virtud de los artículos 32, 39 y 41 del anteproyecto General de Trabajo.



puede ocasionar también problemas de columna, o la vista como consecuencia del trabajo prolongado en computadoras.

La protección frente a tales riesgos derivará de la seguridad que se le quiera dar a los trabajadores que presten servicios bajo la modalidad del contrato de trabajo a distancia. En el anteproyecto no se señala ningún tipo de protección frente a los daños que puedan surgir como consecuencia de los trabajos realizados bajo dicha modalidad contractual, a diferencia del contrato a domicilio en el que el trabajador a domicilio sí es asegurado obligatorio al seguro social de Salud. Al respecto, se debe precisar que no se entiende el por qué del tratamiento diferenciado, tratándose de dos modalidades de trabajo que se realizan fuera de las instalaciones de la empresa<sup>15</sup>.

Según el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, los teletrabajadores se benefician de los mismos derechos garantizados por la legislación y los convenios colectivos aplicables a los trabajadores que laboran en las instalaciones de la empresa. Sin embargo, teniendo en cuenta las particularidades del teletrabajo pueden ser necesarios acuerdos específicos complementarios industriales o colectivos.

## 2. Beneficios Sociales

Conforme a los artículos 36° y 41° el trabajador con contrato de trabajo a distancia tiene derecho a percibir: La remuneración por Primero de Mayo, equivalente a una treintava parte de las remuneraciones totales percibidas el mes inmediato anterior al laborado, siempre que el mismo tenga el derecho acumulado a las vacaciones y la Compensación por Tiempo de Servicios (C.T.S.).

También a las vacaciones en un monto equivalente al 8,33% del total de las remuneraciones percibidas durante el año cronológico anterior de servicios prestados al empleador, con relación a la C.T.S. no se establece ninguna reglamentación específica, por lo que debe entenderse que su régimen de pago es similar al régimen laboral común de la actividad privada.

Respecto al trato diferenciado en el pago de los beneficios sociales, entendemos que se justifican en tanto el trabajador presta sus servicios sin supervisión directa e inmediata del empleador, sólo a través de medios informáticos o de telecomunicaciones, pudiendo efectuar los mismos incluso en su domicilio o en el lugar que el mismo decida.

15) Según el artículo 32° del anteproyecto de Ley General de Trabajo por el contrato a domicilio el trabajador se obliga a ejecutar la prestación en su domicilio o en el lugar que libremente designe, sin supervisión directa e inmediata del empleador. Este tiene las facultades de establecer las regulaciones de la metodología y técnicas del trabajo a realizarse, no se menciona como forman de conexión los medios informáticos y de telecomunicaciones, elemento presente en el teletrabajo, y que si fue recogido en el artículo que define el trabajo a domicilio.

### III. CLASES O MODALIDADES DEL TRABAJO A DISTANCIA

Podemos establecer dos formas de prestación de servicios en el trabajo a distancia, sobre la base de los canales de conexión entre el que presta el servicio y el que recibe el mismo, y en función del lugar donde se desarrollan las labores del trabajo a distancia.

#### 1. *En función de los canales de conexión entre el que presta el servicio y el que recibe el mismo.*

##### A. *Cuando existe conexión*

El control del empresario pasa a ser centralizado y objetivo, y se verifica en tiempo real a través de medios informáticos o telecomunicaciones, es lo que se denomina en la doctrina el teletrabajo on line, en este caso el trabajador esta virtualmente presente en la empresa, permitiendo según algunos ejercer su poder de dirección frente al trabajador<sup>16</sup>

Este tipo de trabajo a distancia ha sido recogido en la definición del artículo 39° del anteproyecto en comentario.

##### B. *Cuando no existe vinculación.*

En esta modalidad no existe interacción entre el trabajador y empleador, lo que impide la supervisión de éste primero en el desarrollo de sus funciones, trasladándose el control al momento de entrega del trabajo o información requerida, debiendo ser la misma equivalente a las pautas previamente establecidas a la realización del trabajo. En esta modalidad el trabajador no recibirá ordenes sino indicaciones del empleador, o se pondrá de mutuo acuerdo con el mismo sobre la metodología a seguir.

Este tipo de contrato de trabajo a distancia o teletrabajo off line no ha sido recogido por el anteproyecto en comentario como contrato de trabajo a distancia; en tal orden de ideas se debe concluir que dicha prestación de servicios debe ser regulada por las normas del anteproyecto referidas al contrato de trabajo a domicilio<sup>17</sup>.

Se puede encontrar una tercera clasificación que supone que la conexión entre las labores que realiza el trabajador y el empleador se efectuará en forma unidireccional, por lo que la facultad del empleador de supervisión y control estará en función de la dirección de la comunicación, pudiendo ser esta con conexión o sin la misma.

Sobre el particular, para PILOTTO CARREÑO, la doctrina ha determinado que tratándose de trabajadores fuera de línea, mientras no se dicte una disposición especí-

- 16) Sobre la base del principio de razonabilidad no creemos que el empleador en esta modalidad de trabajo pueda ejercer en forma plena su Poder de Dirección por cuanto el mismo supone no sólo reglamentar la tarea, sino fiscalizar la misma y sancionar frente a cualquier incumplimiento, supuesto que puede tomarse difícil si el empleador no fiscaliza directamente la labor, la misma que podría ser efectuada por una tercera persona.
- 17) Según el artículo 41° del Anteproyecto de Ley General de Trabajo, son aplicables al trabajo a distancia los artículos 32°, 35°, 36° y 37°, los cuales están referidos al contrato de trabajo a domicilio.

fica para su regulación, debería ser de aplicación el régimen laboral de los trabajadores a domicilio, siendo recogido tal criterio por el Tribunal de Trabajo de Munich, en una sentencia del año 1984<sup>18</sup>.

## **2. En función del lugar donde se desarrolla la prestación del servicio.**

### **A. El realizado en un centro de trabajo distinto a la empresa.**

Esta clase de trabajo a distancia se presenta cuando la empresa en la cual se debería prestar el servicio, se encuentra muy distante del domicilio del trabajador, en tal sentido, se utiliza un centro de trabajo más cercano a la residencia de los trabajadores, el que cuenta con equipos informáticos para que se pueda realizar el trabajo a través de ellos. En estos casos, el teletrabajo se puede brindar a través de dos modalidades, a saber, la denominada como centro satélite, la cual se desarrolla en centros pertenecientes a la misma entidad pero que se encuentran físicamente separados de la sede principal, y con la que están en constante comunicación, a través de sistemas computarizados. Estos son puestos a disposición de los trabajadores de la empresa, denominándose también telecentros. El segundo es dentro de recursos compartidos: el cual se caracteriza porque se aglutinan distintos tipos de trabajadores provenientes de diversas empresas que realizan el mismo tipo de labor, en un lugar acondicionado para tal efecto.

Para FERNÁNDEZ ROCHA una clase de centro compartido de teletrabajo es el denominado "hoteling", por cuanto existen hoteles que han diseñado sus instalaciones para ofrecer servicios a las empresas tanto para los trabajadores que vienen del extranjero, como a los locales de una o de distintas empresas<sup>19</sup>.

### **B. El trabajo realizado en el domicilio del trabajador**

Las tareas se realizan en el domicilio del trabajador, no pudiendo ejercerse en plenitud el poder de dirección del empleador por cuanto no puede haber una fiscalización inmediata y directa, no sólo por la prohibición contenida en las normas antes referidas del anteproyecto en comentario, sino por el derecho de inviolabilidad de domicilio del trabajador.

### **C. El trabajo a distancia móvil.**

Este tipo de trabajadores pasan la mayor parte del tiempo fuera de su centro de trabajo, ya sea visitando clientes o en cualquier medio de transporte. En tal sentido, desarrollará sus labores en cualquiera de dichos lugares, siendo preferentemente la

18) PILOTTO CARREÑO, Luighino. Ponencia presentada en el "Seminario de Derecho del Trabajo" realizado en la ciudad de Lima el 23 y 24 de junio de 1999.

19) FERNÁNDEZ ROCHA, Sandra. Una Nueva Forma de Trabajar: El Teletrabajo. En Libro de Ponencias del V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Pág. 143.

forma de comunicación un celular, fax, computadoras portátiles. No tiene horarios de trabajo. Consideramos que esta figura podría encuadrar dentro del trabajo a distancia regulado en el anteproyecto de Ley General de Trabajo, sino existe la obligación de presencia física del trabajador a efectos de reportar sus labores.

#### IV. ASPECTOS A CONSIDERAR

Se estima que el anteproyecto de Ley General de Trabajo debe recoger lo siguiente:

1. Considerar dentro de los trabajos a distancia, las labores coordinadas entre el que presta el servicio por medios informáticos y de telecomunicaciones y el que recibe el mismo. En tal sentido la coordinación será respecto al lugar de prestación del servicio, la modalidad del mismo y el horario de trabajo.
2. No se considera que mediante la prestación de servicios por trabajo a distancia, podemos estar frente a trabajos que no sean sólo subordinados ni independientes, sino personales, coordinados y continuados, en consecuencia debió hacerse mención a la parasubordinación.
3. Debe modificarse el artículo 39° del anteproyecto, añadiendo a la definición del contrato a distancia que el mismo se puede realizar bajo el control o supervisión de la empresa o en forma coordinada con la misma.
4. Es necesario prever algún tipo de seguro a favor del trabajador que preste servicios bajo la modalidad de contrato de trabajo a distancia. No es razonable que el trabajador con contrato de trabajo a domicilio sí este asegurado al seguro de salud, cuando ambas modalidades de trabajo se realizan fuera de las instalaciones de la empresa.

## DEL CONTRATO DE TRABAJO (\*)

Francisco de Ferrari

## Definición

Se define corrientemente el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona se obliga a trabajar por cuenta y bajo la dependencia de otra o a estar simplemente a sus órdenes, recibiendo como compensación una retribución en dinero.

En nuestro proyecto de Código del Trabajo definimos el contrato como "aquel en virtud del cual una persona pone su actividad como tal, de una manera continua o no, al servicio de otra bajo su autoridad y dirección y se compromete a trabajar mediante la correspondiente remuneración".

Al establecer en esta definición que lo que se pone a disposición de otra persona es la actividad como tal y no su resultado, se busca distinguir este contrato de arrendamiento de obras o contrato de empresa y al consignar, más adelante, que no interesa que la prestación sea continua o no, se pretende alejar o resolver el problema de la profesionalidad del servicio y de su continuidad.

Se ha dicho al respecto que el contrato de trabajo es un contrato para asalariados, es decir, para hombres de una determinada condición social y económica tomada en cuenta por la ley al dictar sus normas. Por eso mismo, para algunos autores no celebrarían este contrato la persona que, de un modo puramente

accidental, presta un servicio. Por el contrario, debe tratarse siempre de un trabajador profesional y de un trabajo continuo, cumplido en forma habitual por quien está permanentemente sujeto a una necesidad económica, y no de un servicio prestado en forma ocasional, por cuanto no parece fundado que pudieran beneficiarse de una legislación tuitiva quienes no se encuentran ni social ni económicamente en la situación que quiere contemplar el legislador.

La ley 12.156, sobre viajantes y vendedores de plaza, exige el requisito de la profesionalidad aunque al parecer por otros motivos. A su vez, el art. 2 de la ley de 28 de febrero de 1941, sobre reparación de accidentes de trabajo, considera obrero a toda persona que, bajo la dirección de otra y por cuenta de ella, "ejecuta habitualmente trabajos manuales".

Nosotros hemos dejado de considerar esencial dicho requisito; en cambio, entendemos ahora que la obligación del trabajador consiste indistintamente en prestar el servicio o, simplemente, en quedar a la orden del empleador. Estos dos cambios se deben, el primero, al convencimiento de que el derecho del trabajo ha dejado de ser una legislación puramente tutelar para convertirse en un derecho organizador. El segundo, al progreso que ha hecho en este género de relaciones jurídicas la idea de la estabilidad de las condiciones de vida material de uno de los sujetos del derecho del trabajo: el asalariado (1).

(\*) DE FERRARI, Francisco. *Derecho del Trabajo*. Volumen II, 2a. Edición actualizada. Ediciones Depalma, Buenos Aires 1969. pp. 73-83.

(1) Krotoschin, *Curso*, p. 27.

Una parte de la doctrina, particularmente italiana, considera que el derecho del trabajo, como enseñanza, por ejemplo, Borsi, está constituido por una combinación de derecho público y privado, inclinándose algunos autores a sostener que, por eso mismo, las normas reguladoras del contrato de trabajo forman parte del Código Civil o Comercial y las demás del derecho público.

Esta reflexión no debe conducir, sin embargo, a la conclusión de que el contrato de trabajo no forma parte del derecho laboral. Es verdad que más que el contrato, a nuestro derecho le interesa el trabajo como hecho, como relación, y que la idea de la relación del trabajo, encarada como una cosa independiente del contrato, ha terminado por establecer el verdadero límite entre el viejo derecho y el derecho laboral y ha permitido, así mismo, adelantar mucho en la determinación de la naturaleza jurídica del derecho del trabajo. Bajo el imperio de las normas propias de nuestra disciplina caen, como se sabe, de un modo fundamental, el trabajo como hecho conjuntamente con todos los fenómenos de convivencia profesional, así como las demás relaciones colectivas a que da lugar el trabajo subordinado en la sociedad contemporánea.

Es verdad que, a pesar de lo que acabamos de decir, el contrato de trabajo ha seguido siempre formando parte de nuestro derecho. Sin embargo, no es esto para nosotros ni inexplicable ni contradictorio. Tal circunstancia se debe a razones históricas, o prácticas, o de método, o de clasificación o puramente pedagógicas. Por otra parte no es este un hecho nuevo en el ordenamiento jurídico. También por las mismas razones es posible ver en el Código Penal disposiciones relativas al patrimonio o a la reeducación o en el Código Civil numerosas normas aplicables a los comerciantes.

Lo que ocurre es que el contrato de trabajo no es, como se creyó originariamente, el eje alrededor del cual giraría nuestra disciplina jurídica. Por el contrario, es más bien uno de sus aspectos secundarios, de tal manera que sus problemas específicos relativos a la capacidad, forma, extinción o suspensión de la relación contractual, etc., por su falta de originalidad, no habrían justificado nunca la creación de una disciplina independiente.

Las demás ramas del derecho, ya se trate de las que agrupan por razones generalmente prácticas reglas penales, o administrativas, o civiles o comerciales, contienen muchas veces normas que pertenecen, por su índole, a otras ramas. Por consiguiente, si el derecho del trabajo contiene normas propias de la materia contractual, tal cosa no quiere decir que el

derecho del trabajo no sea fundamentalmente un derecho colectivo. Cuando nosotros hablamos de un derecho de esta naturaleza, lo hacemos, en realidad, en función de una apreciación valorativa. Nosotros creemos simplemente que el sujeto más importante de nuestro derecho es, sin duda, el trabajador, pero no como contratante, sino precisamente como trabajador y como componente de las comunidades que integra por razones profesionales.

#### Necesidad de un "Animus Contrahendi"

No siempre que se presta un servicio se hace en virtud de un contrato. En algunos casos, por ejemplo, en el trabajo carcelario, el servicio se presta como una parte del régimen de reclusión. En la misma situación se encuentra el trabajo de los religiosos cumplidos dentro de su comunidad y, particularmente, el caso de los servicios con que los menores de edad ayudan a sus padres y que éstos pueden exigir en el ejercicio de la patria potestad.

Pero además de estos casos, es frecuente que entre personas unidas por lazos de amistad o parentesco, tenga lugar una prestación de servicios sin haber sido previamente materia de contratación.

Si la relación de trabajo, dice De Litala, se lleva a cabo "sin pacto alguno, si las partes unidas por estrecho vínculo de sangre y que al mismo tiempo conviven, no sienten la necesidad de hacer que la convivencia presida el desarrollo de sus relaciones y ninguna remuneración en dinero se ha fijado, nos parece que falta el *animus contrahendi*, que la obra se presta *affectionis vel benevolentiae causa*, en obsequio a principios de moral y a cambio de beneficios espirituales y de ventajas que de la prestación y de la colaboración se obtienen o se espera obtener" (2).

Uno de los hechos más corrientes en la vida diaria es precisamente prestar servicios a otras personas sin otro ánimo que el de mantener o crear buenas condiciones de convivencia. De esta clase de actos se integra la vida de relación y éstos nada tienen que ver con el contrato en virtud del cual dos personas se ponen de acuerdo para coordinar su actividad profesional permitiendo que una de ellas dirija los trabajos de la otra.

#### El requisito de la exclusividad

No goza de crédito en la doctrina más recibida el requisito de la *exclusividad*, al que se refieren algunos tratadistas. En realidad, un trabajador puede prestar servicios al mismo tiempo a más de un patrono, como enseña Kaskel y Dersch (3), no existiendo al respecto, entre nosotros, otra limitación que la que resulta del art. 5 de la ley 5350.

(2) De Litala, op. cit. p. 117; Pérez Botija, op. cit., p. 133.  
 (3) Kaskel y Dersch, *Derecho del trabajo*, p. 225.

Los autores que opinan de otra manera consideran erróneamente la prestación de servicios a más de un empleador, como una circunstancia difícil de conciliar con la idea de la subordinación. Por esta razón, Gallart Folch (4), sostiene que el contrato de trabajo supone "el monopolio de la actividad del obrero manifestado en la prohibición de realizar otros trabajos de la misma índole o de una índole distinta ya en provecho del mismo obrero, ya en provecho de otras personas"

La doctrina no comparte este punto de vista. Además los hechos demuestran su falsedad ya que se cuentan por millares las personas que poseen al mismo tiempo más de un empleo. Finalmente, el propio derecho positivo nacional y el de otros países, admiten la posibilidad, de un modo general. Entre nosotros, particularmente en la disposición precitada sobre limitación de la jornada de trabajo y, de un modo especial, en el art. 2 de la ley del 22 de octubre de 1954 relativa a la profesión de viajante.

Suprecht señala con razón que "el hecho de que un trabajador se dedique a más de una empresa, no significa que no sea un trabajador subordinado, sino que el contrato de trabajo" (5).

Por su parte, Cazenave expresa que "la nota de exclusividad que rechazaba la posibilidad de más de un empleo, al ajustarse a la totalidad del ejercicio de la actividad en beneficio de la empresa, se ha ido esfumando. Hoy admite la pluralidad o multiplicidad de compromisos, siempre que las tareas que se obligan a cumplir coexistan en la ocasión, momento u oportunidad" (6).

En el mismo sentido opinan Ramírez Gronda y Pérez Botija" (7).

Por considerar una de las definiciones más acertadas conviene recordar finalmente la que da el Art. 1.º de la ley española de 21 de noviembre de 1932 se refiere al "se entenderá por contrato de trabajo, cualquiera que sea su denominación, aquel por virtud del cual una o varias personas se obligan a ejecutar una actividad o a prestar un servicio a uno o varios patronos o a una persona jurídica de tal carácter bajo la dependencia de éstos por una remuneración, sea la que fuere en clase o forma de ella".

Por consiguiente, cuando concurren todos estos elementos, cuando hay trabajo prometido y colocado bajo la dirección de otra persona mediante el pago de un precio, hay contrato de trabajo cualquiera que sea como dice con todo acierto la ley española, la denominación que le hayan dado las partes, porque

en el mundo de la explotación del trabajo humano es corriente querer ocultar el contrato de trabajo, mezclándole elementos de otros contratos e incluso cambiándole el nombre.

#### Denominación

Como se sabe, durante muchos siglos el contrato que unió al patrono y al trabajador fue denominado arrendamiento de servicios.

Esta vieja y humillante manera de individualizarlo, así como sus fundamentos y normas, fueron rechazados en nuestros días por los trabajadores porque tenía como objeto presentar el trabajo humano como una cosa susceptible de uso o goce.

Por esta razón y por no corresponder a la verdadera naturaleza jurídica de la nueva relación que, con el tiempo, crearía el trabajo entre los hombres, la mencionada denominación, lo mismo que la propia idea del arrendamiento, en su condición de sostén jurídico, fueron reemplazados en nuestro país por la de *contrato de trabajo*. De esta manera, el arrendamiento de servicio no sería el actual contrato de trabajo y el nuevo nombre se referiría a una relación jurídica distinta.

Es verdad que esta nueva denominación ha merecido observaciones de carácter estrictamente científico. Se ha dicho que el trabajo humano, como, por ejemplo, los inmuebles, puede dar lugar a numerosas formas de la especulación contractual. Un inmueble puede ser objeto de una venta, de un gravamen real, de un arrendamiento. Lo mismo ocurre con el contrato de sociedad, de transporte, de mandato, etc. Parece, en consecuencia, técnicamente impropia la denominación elegida de contrato de trabajo como merecería la misma crítica llamar contrato de inmueble, por ejemplo, al contrato de hipoteca.

Se ha dicho sin embargo que la terminología importa poco cuando se está de acuerdo sobre el género de relación contractual que se quiere distinguir, ya que a pesar de la falta de precisión y de las críticas que pueden hacerse, no cabe duda que, desde el punto de vista científico, la denominación contrato de trabajo se ha impuesto y generalizado.

La expresión contrato de trabajo viene empleándose en el mundo desde el comienzo de este siglo atribuyéndose a una ley belga de 10 de marzo de 1900 el mérito de haberla incorporado al lenguaje jurídico.

Sin embargo, son todavía muchos los autores que mantienen su discrepancia con la denominación adop-

tada y p  
riado. (8  
Planiol,  
valor cie

Alcance

Acci  
trabajo  
cios ni  
dinado.

Seg  
sión an  
para dis  
prestaci

Dic  
es una l  
civil cu  
aplicabl  
embargo  
"contra  
que toc  
bajo. L  
entre d  
abando  
derecho  
bajo, er  
una dep

Coi  
De la C  
vidad h  
dalidad  
terística  
tiva cor  
—comer  
legislaci  
persona  
en form  
días, a  
"trabajac  
la legisla  
convenie  
de estab  
to de se  
comprer  
de contr

Es  
arrendar  
el orden  
to de tr  
ciertas p  
to de se

(8) Gic  
(9) Pla  
(10) Krc  
(11) De

Gallart Folch, *Derecho español del trabajo*, p. 10.

Suprecht, *El contrato de trabajo*, p. 54.

Rev. de Derecho del Trabajo", 1947, p. 347.

Ramírez Gronda, op. cit. p. 195; Pérez Botija, *El derecho del trabajo*, p. 105.

tada y proponen, como Gide, la de contrato de asalariado (8) o la de arrendamiento de trabajo que, para Planiol, sería la única expresión dotada de verdadero valor científico (9).

#### Alcance de la denominación "Contrato de Trabajo"

Acabamos de ver que la expresión contrato de trabajo no sustituye a la de arrendamiento de servicios ni comprende todas las formas del trabajo subordinado.

Según ya dijimos, para algunos autores la expresión arrendamiento de servicios subsistiría todavía para distinguir ciertas formas libres o autónomas de prestación de servicios.

Dice Krotoschin "que todo contrato de trabajo es una locación de servicios en el sentido del derecho civil cuyas disposiciones, por consiguiente, le son aplicables en tanto no existan normas especiales. Sin embargo, los conceptos "locación de servicios" y "contrato de trabajo" no son, por eso, idénticos, ya que toda locación de servicios es un contrato de trabajo. La locación de servicios bien puede convenirse entre dos personas sin que una de ellas tenga que abandonar su independencia personal sometándose al derecho de dirección de la otra. El contrato de trabajo, en cambio, no se concibe sin la existencia de una dependencia jerárquica" (10).

Coincidiendo con estas consideraciones, dice De la Cueva, que con el desarrollo industrial, la actividad humana empezó a ser objeto de una nueva modalidad del arrendamiento de servicios cuyas características esenciales serían: la subordinación y la relativa continuidad del servicio. Desde ese momento —comenta dicho autor— se planteó la duda de si la legislación del trabajo debía ser aplicada a aquellas personas que no ofrecían sus servicios a una empresa en forma continua, sino esporádicamente y por pocos días, a un particular. De la Cueva pregunta si "este 'trabajador libre' podría prácticamente estar sujeto a la legislación del trabajo, razón por la cual parecería conveniente distinguir el contrato basado en las ideas de estabilidad y subordinación y el viejo arrendamiento de servicios que sería una forma de trabajo libre comprendida dentro de la denominación genérica de contrato de obra." (11).

Es fácil fundar la discrepancia con esta tesis. El arrendamiento de servicios fue en la antigüedad, en el orden práctico, lo que en nuestros días es el contrato de trabajo, pero cuesta aceptar que éste, ni aun con ciertas precisiones, sea una variedad del arrendamiento de servicios, el cual por lo mismo, no podría con-

siderarse el género de esta clase de contratos de actividad o, por lo menos, su forma protoplasmática.

Por el contrario, al revés de lo que consigna De la Cueva y otros autores, el arrendamiento de servicios se caracteriza por un estado de dependencia particularmente extrema y, a veces, incompatible con la dignidad humana, acaso por ser la primera expresión jurídica de este género de relaciones. En otros términos, el arrendamiento de servicios es, específicamente, la *locatio operarum*, del derecho romano, es decir, descansa sobre una relación de subordinación que no está sujeta a verdaderas limitaciones, lo que se explica porque, como vimos, el arrendamiento de servicios surgió en la época de la esclavitud y fue una forma atenuada de ésta, la cual ha ido desapareciendo paulatinamente en el mundo libre, donde fue sustituido por el contrato de trabajo.

En nuestra época hay pocos ejemplos de personas que ofrecen sus brazos bajo el régimen jurídico del arrendamiento. Podría decirse que, acaso, solamente el servicio doméstico y el trabajo rural se llevaron a cabo casi hasta nuestros días conforme a las reglas de la locación.

Como se sabe, el contrato que celebran los domésticos, precisamente por ser un arrendamiento de servicios, da lugar a un estado de sometimiento casi humillante y era prácticamente hasta no hace mucho, una forma rediviva del trabajo servil, ya que el servidor, desde que se levantaba hasta que se acostaba, estaba a la orden del amo y no disfrutaba de ninguna de las leyes tuteladoras del trabajador (salarios mínimos, horario legal, vacaciones, descanso semanal, etc.) destinadas a hacer menos sensible su estado de subordinación.

A fin de atenuar la situación de extrema dependencia derivada de la prestación del servicio dentro del régimen de la locación (goce temporario, casi discrecional de una cosa) se fijaron en la época actual las condiciones en que sería permitido el trabajo subordinado en determinados casos, originariamente en la industria y el comercio. De esta evolución surgió el contrato de trabajo que, por eso mismo, es el que se ajusta de acuerdo con dichas condiciones, por oposición al contrato de arrendamiento, al cual solamente le alcanzarían por excepción cuando expresamente lo establecen las leyes.

Asimismo es frecuente confundir el arrendamiento de servicios con ciertas formas de arrendamiento de obra (*locatio operis*). Cuando se llama a una persona para que repare la instalación eléctrica del domicilio de otra o cuando se le contrata para pintar una

(8) Gide, *Curso de economía*, p. 669.

(9) Planiol y Ripert, *op. cit.*, t. II, p. 586.

(10) Krotoschin, *Instituciones de Derecho del Trabajo*, T. I, p. 284.

(11) De la Cueva, *Derecho Mexicano del Trabajo*, T. I, p. 414.



pieza o arreglar una cerradura, se celebra, en tales circunstancias, un contrato de arrendamiento de obra y no de servicios, porque en todos esos casos el objeto de la contratación no es la actividad como tal, sino un resultado determinado. "El objeto del contrato, en una de las hipótesis, es una obra —dice Krotoschin— y en el otro, un obrar" (12). En tales casos, el que presta el servicio se obliga a arreglar la instalación eléctrica o sanitaria o a pintar una pieza, se compromete a un resultado y celebra, por eso mismo, un contrato de arrendamiento de obras y no de servicios.

Por todo esto no parece aceptable la tesis que presenta el arrendamiento de servicios, frente al contrato de trabajo, como una forma de trabajo libre. Cuando el objeto del contrato es poner a disposición de otra persona la actividad como tal, lo que se hace precisamente es subordinarla. Llama la atención por lo tanto, que se hable en esos casos de actividad libre que no parece posible que una persona comprometa de un modo genérico su actividad profesional a otra persona y conserve, al mismo tiempo, la libertad de disponer de aquella.

El ejemplo de la asistencia médica prestada a una persona durante su enfermedad, citada por Cabanellas, no es convincente. De la actividad y de los contratos a que dan lugar el ejercicio libre de una profesión liberal ya nos ocupamos indicando cuales son, en nuestro concepto, los diversos contratos que celebran los profesionales. En la doctrina extranjera, Jacobi entiende que "el contrato en virtud del cual el médico se encarga de una operación o de la curación de un enfermo, es una locación de obra" (13). También lo es para nuestro derecho positivo. En consecuencia, jurídicamente, en tales casos, el profesional es un empresario y no un trabajador, a menos que se quiera llamar al empresario "trabajador libre", lo que es sin duda —tanto fuera como dentro del derecho— nada más que un modo de agrupar sombras y de confundir.

Sin embargo, son muchos los que sostienen la tesis contraria. Vincent figura entre los autores que piensan que el contrato de trabajo es una variedad del arrendamiento de servicios o más concretamente una de sus formas envilecidas, porque el que presta el servicio dentro del contrato de trabajo, pierde la libertad, lo que resulta, sin embargo, contrario e incongruente con la historia del hombre y con la evolución de las costumbres y de las ideas. "El cambio —dice el insigne maestro— de un servicio por una remuneración, no será un contrato de trabajo si él no revela entre las partes la existencia de un lazo de dependencia" (14).

Para aclarar las ideas y evitar nuevas confusiones, Lotmar sugiere prescindir de la expresión "resultado" a fin de no confundir el arrendamiento de servicios con el arrendamiento de obra. En este último contrato, se compromete siempre un resultado determinado. Pero ocurre que también en el contrato de trabajo suele a veces retribuirse el servicio aparentemente según un resultado: se tiene en cuenta, por ejemplo, la cantidad de piezas producidas o de las horas trabajadas. Si bien no puede negarse que éste es también un resultado, el empleo de dicho término no debe en este caso crear confusiones, como se alega, porque en el trabajo a destajo, el contrato no tiene como finalidad un resultado, es decir, no se busca con su celebración que el obrero confeccione diez pares de zapatos. Lo que, en tal caso tiene lugar, es una especulación sobre el modo de retribuir estableciendo que, en vez de pagar por hora, el servicio se retribuirá por cantidad de piezas producidas.

#### Continuidad de la relación

En este capítulo de generalidades sobre el contrato de trabajo, conviene asimismo distinguir el requisito de la profesionalidad, del de la continuidad. La continuidad en el contrato de trabajo es un elemento puramente sintomático y no integra la esencia de éste. No es necesario, en efecto, que se contrate el servicio para prestarlo en forma continua. Pero la permanencia de la relación, en cambio, es un hecho que revela la existencia de un contrato de trabajo, como la fugacidad y transitoriedad es el rasgo que permite individualizar el arrendamiento de obras.

Sin embargo, la continuidad y la duración del servicio son circunstancias de hechos que las normas laborales toman a veces en cuenta para otorgar o graduar su protección o beneficios (indemnización por despido, vacaciones, enfermedad, retribución, etc.).

Además la continuidad forma parte de la dogmática del derecho del trabajo y es, asimismo, una característica de la relación que une a las partes, la cual jurídicamente tiende a no extinguirse.

Al mencionar el requisito de la continuidad, no nos estamos refiriendo, desde luego, a lo que el art. 3 de la Consolidación de leyes de trabajo, del Brasil, denomina "servicios de naturaleza eventual". los cuales, según Russomano, serían aquellos que "se prestan con motivo de un acontecimiento incierto, casual o fortuito" (15).

A los trabajadores ocupados en esta clase de tarea no se les aplica, en el Brasil, las leyes laborales, lo que no parece justo. Por trabajador eventual no debe entenderse —dice Russomano— la persona contratada

(12) Krotoschin, *Instituciones*, T. I, p. 284.

(13) Citado por Deveali, *Lineamientos de Derecho del Trabajo*, p. 147.

para  
un l  
reali  
lo q  
arre  
sició  
rio :  
acor  
nor  
que  
part  
los

eléc  
cort  
jero

para la reparación de una máquina o la limpieza de un local. En estos casos, lo que se compromete, en realidad, es un resultado y no el trabajo como tal y lo que se celebra, por lo tanto, es un contrato de arrendamiento de obras y no de servicios. La disposición del derecho brasileño se refiere por el contrario a aquellas personas ocupadas con motivo de un acontecimiento fortuito o incierto, por lo cual la norma, además de injusta, parece tener muy poco que ver con la nota de continuidad a que alude una parte de la doctrina italiana en el análisis que hace de los elementos esenciales del contrato de trabajo.

La persona llamada para arreglar la instalación eléctrica de una casa o para reparar una silla o una cortina, presta, sin duda, un servicio eventual o pasajero, pero su situación se rige por los principios apli-

cables a la locación de obras y no los del arrendamiento de servicios. Ya hemos admitido, en otra parte, que las personas que realizan esta clase de tareas, convirtiéndolas en su medio habitual de vida, si bien jurídicamente son empresarios, participan, en cambio, de las mismas condiciones económicas y sociales del trabajador, razón por la cual el derecho positivo de algunos países declaran a estos modestos empresarios comprendidos en los beneficios de las leyes laborales sin ser trabajadores en sentido estricto (16). Se comprende que el hecho de extender a los pequeños empresarios el régimen de las leyes laborales, no les hace perder su condición de tales; como el pequeño propietario tampoco pierde el dominio de la cosa cuando se le libera de las obligaciones fiscales y legales a que están sujetos los propietarios en general.

(14) Vincent, *Rescisión del contrato de trabajo*, p. 281.  
(15) Russomano, *Comentarios*, t. I, p. 31.  
(16) Manuel Pinto, *Los trabajadores transitorios y la jurisprudencia*, "Rev. Der. del Trabajo", 1952, p. 533; Devenli, *Lineamiento* p. 148.

## CONTRATO DE TRABAJO Y RELACION DE TRABAJO (\*)

A. Hueck - H. C. Nipperdey

Los conceptos fundamentales que, sobre la materia a tratar, se estudian en el presente capítulo, son, de un lado, la relación de trabajo, también llamada relación individual de trabajo, para marcar la contraposición con el Derecho colectivo del trabajo, y, de otro, el contrato de trabajo. Sobre la delimitación entre estos dos conceptos y, muy especialmente, sobre la relación que entre ellos media, se ha discutido mucho. Por ello, a fin de conseguir aquí una mayor claridad, conviene determinar con exactitud ambos conceptos, del modo que a continuación se expresa:

*Relación de trabajo es la relación jurídica que existe entre el trabajador individual y su empleador, en virtud de la cual aquél está obligado, frente a éste, a la prestación de trabajo.*

En la doctrina, el concepto se utiliza también con otro significado. En vez de apreciar en la relación de trabajo un concepto jurídico, se puede designar como relación de trabajo la situación de hecho en la que se presta efectivamente un trabajo y, visto desde la perspectiva del empleador, en la que éste ocupa efectivamente al trabajador. Por lo tanto, mejor sería hablar de una relación de *trabajo fáctica* o de una *relación de ocupación*. Para Nikisch, finalmente, existe una relación de trabajo cuando el trabajador se emplea, o, dicho de otro modo, cuando pone su fuerza de trabajo a disposición del empleador, y éste le emplea, sin que importe la prestación efectiva de trabajo.

*Contrato de trabajo es el contrato en virtud del cual el trabajador está obligado a la prestación de trabajo en servicio del empleador (1).*

Este concepto se desprende del derecho vigente, ya que el BGB configura el contrato de trabajo como un contrato de servicios; lo decisivo del contrato de servicios, según el Art. 611 del B.G.B. estriba en la asunción del deber de la prestación de trabajo, mientras que para el contrato de trabajo jurídico laboral, la particularidad consiste solamente en que ha de tratarse de un trabajo dependiente.

2. Sobre la relación entre contrato de trabajo y relación de trabajo existe una viva polémica, que ha encontrado su forma de expresión en la contraposición de las teorías del contrato y de la incorporación.

Según la *teoría del contrato*, dominante en la doctrina y representada en este *Compendio*, la relación de trabajo se constituye como relación jurídica por la celebración del contrato de trabajo (2). Por ello, el contrato de trabajo se puede entender también como el acuerdo de voluntad que crea y configura la relación de trabajo. Contrariamente, la teoría de la incorporación, en la versión representada por Nikisch, reconoce como acto decisivo el empleo del trabajador en la empresa o en el hogar, lo que representa también, ciertamente, un acuerdo de voluntad entre el empleador y el trabajador, acuerdo que, sin embargo, no es un contrato o negocio jurídico, ya

(\*) Hueck, A. - Nipperdey, H.C. - *Compendio de Derecho del Trabajo*. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1963. pp. 83-86.

(1) Cfr. el concepto legal que del contrato de trabajo ofrece el art. 1 de la L.C.T.

(2) Este es también el criterio que se desprende del sistema positivo español, y que acepta la jurisprudencia y sobre el que monta sus construcciones la doctrina. La llamada tesis relacionista sólo ha tenido entre nosotros un significado episódico y se encuentra no sólo superada, sino incluso abandonada por sus propios artifices.

no implica la aparición de consecuencias jurídicas determinadas, sino que lleva a una situación de hecho. El contrato de trabajo por sí mismo, según se trata de un simple contrato jurídico obligatorio que fuerza al empleador a emplear y al trabajador a entrar al servicio del empleador; pero de él no derivan, sin embargo, acciones para exigir la prestación de trabajo, el pago del salario, la ocupación efectiva, la fidelidad, la protección, etc., sino que su incumplimiento solamente da lugar a la acción de indemnización por daños.

El único punto de desacuerdo entre las dos teorías consiste, actualmente, en contestar de un modo u otro a la pregunta de si el contrato de trabajo puede constituir por sí solo la relación de trabajo o además, requiere un elemento fáctico (entrada en el trabajo, empleo). Un ejemplo puede servir de ilustración:

Si se celebra un contrato de trabajo el día dos de mayo, con el acuerdo de que el trabajador comienza a trabajar el día uno de abril, y por cualquier causa aquél no empieza su prestación hasta el día diez, según la teoría del contrato la relación de trabajo, que inicialmente estuvo aplazada, comienza el día uno; y según la teoría de la incorporación, el día diez de abril.

En mi opinión, los argumentos más convincentes están del lado de la teoría del contrato, pues esta ofrece una panorámica unitaria de las consecuencias jurídicas que resultan, justifica las necesarias excepciones por modificación de criterio, y, al mismo tiempo, reconduce la estimación a conocidos principios fundamentales de nuestro Derecho, sirviendo de aclaración en este sentido y se inserta en el sistema de nuestro ordenamiento. Como tales argumentos hay que tener en cuenta, especialmente, los siguientes:

- a) La teoría del contrato está en armonía con los fundamentos de nuestro ordenamiento jurídico privado, pues en éste es regla general que las relaciones jurídicas se constituyen por contrato.
- b) La teoría del contrato corresponde a las ideas básicas de nuestro tiempo, habiendo encontrado su plasmación, sobre todo, en los artículos 1 y 2 de la GG. (3). El principio de la libertad contractual responde al derecho funda-

mental del libre desenvolvimiento de la personalidad. El individuo sólo puede estar vinculado en la medida que él mismo determine por expresión de su voluntad jurídica negocial. Esta afirmación es particularmente válida aplicada a la relación de trabajo, que implica una amplia sujeción personal del trabajador. Y esta concepción sólo es explicable a través de la teoría del contrato.

- c) La teoría de la incorporación conduce, por derivación lógica, a resultados socialmente insostenibles en numerosos aspectos de la regulación jurídica del contrato de trabajo (para una consideración detenida, vid. *Lehrbuch* de Hueck-Nipperdey, t. I pág. 21, IV, 3).
  - d) No contradice a la teoría del contrato el que la relación de trabajo en fase de cumplimiento produzca efectos más amplios que antes del comienzo de la prestación. Este efecto propio de la situación de cumplimiento es compartido por la relación de trabajo y otras numerosas relaciones contractuales, como el arrendamiento de uso (*Miete*), arrendamiento de uso y disfrute (*Pacht*), sociedad, sin que ello sea óbice para admitir que estas relaciones jurídicas estuvieran ya constituidas por contrato.
  - e) La teoría del contrato responde, por último, a la concepción que existe incluso en el círculo de las partes. La impresión normal de todo trabajador es la de quedar obligado, por el contrato, a la prestación de trabajo. Especialmente los empleados, según enseña la experiencia, conceden gran valor a "su" contrato y ven en él el fundamento de su relación de trabajo.
4. La polémica aún vigente entre las dos teorías no debe hacernos olvidar que para la resolución de algunos problemas individuales de hoy, si no en todo, se ha conseguido al menos una cierta compatibilidad. También ha llevado la oposición entre las teorías a examinar cuidadosa y agudamente numerosas cuestiones prácticas, y se ha obtenido una solución adecuadamente eficaz de la justicia social. Y esto es, a fin de cuentas, lo que realmente importa. A través de la larga discusión se han logrado resultados fructíferos, aún cuando, sin desconocer los acercamientos, no hayan podido ser superados algunos de los puntos fundamentales debatidos.

CONCL

I  
emplea  
genera  
mas;  
a los p  
su est  
distinc  
y la  
Duran  
diria  
de un  
de tra  
racter  
parte  
dura  
ci  
to. P  
conse  
de la  
contr  
Todo  
to de  
esa  
exclu  
la rel

(\*)

(1)

(3) Cfr. Decl. I, 1 del Fuero del Trabajo; art. 24 del Fuero de los Españoles; Principio VII de la Ley de 17-V-1958.

000230

Wilfredo Sanguineti Raymond

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo  
de la Universidad de Salamanca*

**Contrato de Trabajo y  
Nuevos Sistemas Productivos**

*Un estudio sobre el concepto de subordinación jurídico-laboral  
y su aptitud para reflejar las transformaciones  
recientes de las formas de organización  
del trabajo*



SANGUINETI RAYMOND, Alfredo. El  
Combate de Trabajo y Nuevos Sistemas de  
Producción. ARA EDITORES. LIMA. 1997.

III. La subordinación y las nuevas realidades productivas:  
¿Un criterio en crisis?

A lo largo de su ya amplia andadura histórica, la noción de subordinación o dependencia jurídico-laboral ha demostrado poseer una extraordinaria capacidad de adaptación a la diversidad de perfiles bajo los cuales comparece en la realidad el fenómeno económico y social de la prestación de trabajo asalariado. Si bien las peculiaridades de su configuración interna han causado muchas veces perplejidad y convertido la labor de calificación de relaciones concretas en una operación compleja y no siempre unívoca, estas mismas características le han permitido ir absorbiendo progresivamente una gama cada vez más amplia y diversa de prestaciones, incorporándolas así al marco protector del Derecho del Trabajo, conforme el trabajo asalariado extendía su presencia al conjunto de la sociedad y la demanda de tutela se extendía a sectores diversos de aquellos cuya actuación dio origen a las primeras normas laborales. La elasticidad de la noción de dependencia ha servido, de este modo, de soporte conceptual a la tantas veces ponderada en el pasado "tendencia expansiva" del Derecho del Trabajo, al hacer permeable su ámbito de aplicación a las nuevas necesidades sociales.

Las transformaciones operadas en los últimos años en las formas de organización del trabajo y los modos de producir como consecuencia de los procesos de racionalización empresarial puestos en marcha a partir de la crisis económica han contribuido, sin embargo, a generar nuevas interrogantes sobre la aptitud de la subordinación para cumplir

en esta etapa postindustrial las funciones que le han sido tradicionalmente asignadas<sup>83</sup>.

Estos interrogantes giran alrededor de dos ejes básicos: de un lado, la capacidad de este elemento para seguir actuando como criterio calificador de la laboralidad, dada la aparición de nuevas formas de empleo, posibilitadas por la introducción de las nuevas tecnologías en los procesos productivos, cuyas características no parecen fácilmente encuadrables en los moldes clásicos; y, del otro, su idoneidad para mantenerse como centro exclusivo de imputación de la protección que otorgan las normas laborales, visto el auge que experimentan ciertas modalidades de trabajo autónomo, impulsadas por los procesos de terciarización de la economía y de descentralización productiva, las cuales actúan muchas veces en sustitución de las tradicionales de subordinación, pero desenvolviéndose en contextos de dependencia económica muy semejantes<sup>84</sup>. Mientras la primera de ambas cuestiones exige dar respuesta a un problema técnico-jurídico, como es el de la aplicabilidad de los parámetros comúnmente empleados a relaciones que presentan ciertos rasgos diferenciales, la segunda se vincula con un asunto básicamente de política del Derecho, como es el de la conveniencia de extender la tutela de las normas laborales más allá de lo que hasta el momento ha venido constituyendo su ámbito "natural" de actuación. De allí que resulte aconsejable abordar su examen por separado.

#### A. El reto de las nuevas formas de empleo: trabajo "descentralizado" y "teletrabajo"

La aplicación de las modernas tecnologías -especialmente de la información y las comunicaciones- a los procesos productivos está permitiendo el surgimiento de modalidades "descentralizadas" de trabajo, que no participan de las características típicas que hasta el momento han venido acompañando a la prestación de servicios

<sup>83</sup> Para una síntesis de esta problemática, vid. A. GOLDIN, "El concepto de dependencia ...", cit., especialmente pp. 32-36.

<sup>84</sup> En este sentido, F. PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, "El trabajo subordinado ...", cit., p. 44.

en régimen de dependencia (desarrollo de la labor en el centro de trabajo, con sometimiento a un horario y a la vigilancia y control constantes del empresario)<sup>85</sup>.

El supuesto paradigmático está constituido por el "teletrabajo", denominación a través de la cual se alude a un tipo muy singular de trabajo "a distancia", propio de labores de mediana o alta cualificación, en el que la dirección y el control directos sobre la actividad del trabajador han sido sustituidos por la comunicación con el mismo a través de medios informáticos o audiovisuales. Este desarrolla así su prestación fuera de la empresa, bien en su domicilio o en otro lugar habilitado al efecto, muchas veces sin estar sujeto a horario o jornada de trabajo, sirviéndose de tales medios para enviar y recibir encargos<sup>86</sup>.

El carácter novedoso de esta modalidad no debe, de todas formas, ser exagerado. El Derecho del Trabajo conoce ya otras manifestaciones menos sofisticadas pero igualmente características de trabajo "a distancia", como el trabajo a domicilio, actualmente regulado en solitario por el artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores. Frente a éste, las novedades que introduce el "teletrabajo" radican, de una parte, en el empleo de las nuevas tecnologías como medio de interconexión entre el trabajador y el empresario; y, de la otra, en la extensión del fenómeno a sectores distintos de los tradicionales (sectores industriales basados en el

<sup>85</sup> Otras formas novedosas de empleo se dirigen más bien a posibilitar una mejor adaptación "interna" de la empresa a los cambios u oscilaciones que puedan experimentarse en la producción o el volumen de personal disponible. Este es el caso del *Kapitaz* (trabajo intermitente) y del *Job sharing* (trabajo compartido). Ninguna de estas modalidades, sin embargo, plantea dudas en cuanto a su calificación como constitutivas de vínculos de naturaleza laboral. El reto que éstas plantean se relaciona más bien con la adopción de un régimen jurídico que, preservando la flexibilidad que les es inherente, sea capaz de evitar los abusos a los que pueden dar lugar. Sobre ambas figuras y su regulación en el Derecho del Trabajo alemán, vid. W. DAUBNER, "La reforma del Derecho del Trabajo en materia de empleo en Alemania Federal", *Temas Laborales*, 1985, pp. 27-28, 32-35.

<sup>86</sup> Sobre esta figura y la problemática que la acompaña, vid. V. DI MARTINO, "Telelaboro", *Economia e Lavoro*, 1982, núm. 4, pp. 105-111, y, más recientemente, L. GAETA, "Teletrabajo y Derecho: la experiencia italiana", *Documentación Laboral*, 1996, núm. 49, pp. 33-52.

hasta el momento la subordinación o dependencia, "estrechamente entrelazada con las ideas de continuidad y uniformidad en los modos y en los tiempos de empleo de la fuerza de trabajo y de autocracia y de jerarquía en la configuración de los poderes empresariales"<sup>91</sup>. Este elemento no sería ya, por ello, apto para expresar la diversidad y complejidad del trabajo postindustrial, marcado por la proliferación de una amplia gama de trabajos "flexibles", cuyas características escapan a los modelos del pasado<sup>92</sup>.

No es difícil advertir, sin embargo, que este planteamiento lo que hace es cuestionar la capacidad de adaptación de la dependencia a dichos fenómenos partiendo de una visión reduccionista de su naturaleza y alcances, que termina por identificarla con las manifestaciones más claras y rotundas del ejercicio de los poderes empresariales, susceptibles de presentarse como tales casi exclusivamente en el marco del trabajo más ranciamente industrial actualmente en fase de declive. Se trata, pues, de una tesis que, como se ha observado, "enfatisa la virtualidad calificadora de la subordinación precisamente para hacerla irreconocible en los nuevos trabajos"<sup>93</sup>. En el fondo, recubierta de un cierto barniz de modernidad, el argumento no es distinto al de quienes, en el pasado, criticaron la conveniencia de recurrir a la noción de dependencia sobre la base de postular una concepción muy rígida sobre su contenido.

En realidad, lo que ponen en entredicho estas nuevas formas de empleo es la aptitud de algunos de los indicios o signos exteriores más frecuentemente empleados hasta el momento para desentrañar la presencia de la subordinación (el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo, la asistencia a un centro de trabajo previamente determinado por el empleador, la dirección y el control constantes

<sup>91</sup> Cfr. M. D'ANTONA, "Los cambios en el derecho del trabajo y el problema de la subordinación en el derecho italiano", *Debate Laboral*, 1989, núm. 4, p. 68.

<sup>92</sup> Para una síntesis crítica de este planteamiento, vid. F. PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Valencia, Tirant lo blanch, 1990, pp. 37-40.

<sup>93</sup> Así, F. PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, op. cit., p. 39.

empleo de tecnologías de vanguardia, como la telemática o la informática, o sectores más clásicos, pero en los que el papel de dichas tecnologías es cada vez mayor, como la banca, los seguros o los transportes)<sup>87</sup>, así como a tareas más complejas de las manuales características de la primera modalidad. Desde esta perspectiva, el surgimiento del "teletrabajo" puede ser interpretado también -y no sin fundamento- como expresión de un "renacimiento del trabajo a domicilio"<sup>88</sup>, o del retorno a "formas arcaicas de empleo de la mano de obra"<sup>89</sup>.

Lo mismo que las nuevas formas de trabajo autónomo actualmente en proceso de expansión, a cuyo examen se prestará atención más adelante, la puesta en marcha de estas formas atípicas de empleo se inscribe en el marco de procesos de "descentralización productiva" y "exteriorización de la fuerza de trabajo", a través de los cuales se persigue sustituir progresivamente el trabajo dependiente prestado de manera regular por vinculaciones "externas" a la empresa, pero igualmente coordinadas por ella<sup>90</sup>. Las nuevas tecnologías no son, en este contexto, sino el medio o instrumento que hace posible la "exteriorización" de un abanico cada vez más amplio y diverso de actividades, normalmente identificadas por su carácter "terciario", ya se trate de servicios a la producción (asistencia técnica, investigación y desarrollo, diseño industrial, control de los materiales), a la comercialización (publicidad, *marketing*, estudios de mercado), a la gestión (métodos organizativos, *software*, informática) o a las finanzas (asesoramiento fiscal).

En opinión de algunos autores, la irrupción de estos fenómenos marca el declive de la manera como ha venido siendo concebida

<sup>87</sup> M. R. ALARCON CARACUEL, "La ajenidad...", cit., p. 533.

<sup>88</sup> Nuevamente, M. R. ALARCON CARACUEL, op. cit., p. 532.

<sup>89</sup> Así, B. VENEZIANI, "Nuove tecnologie e contratto di lavoro: profili di diritto comparato", *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 1987, núm. 33, p. 13.

<sup>90</sup> Como pone de relieve J. L. GONÍ SEIN, "Flexibilidad y revisión del ámbito del Derecho del Trabajo", en J. RIVERO LAMAS (Director), *La flexibilidad laboral en España*, Zaragoza, Univerisidad de Zaragoza-Instituto de Relaciones Laborales, 1993, pp. 71, 74.



del trabajo, por citar algunos de los más relevantes) y no propiamente su capacidad para actuar como elemento calificador de la naturaleza de dichas relaciones<sup>94</sup>. Como ya se ha indicado, la dependencia ha demostrado a lo largo de su historia una gran capacidad de adaptación a la diversidad de configuraciones que puede asumir en la realidad el trabajo asalariado. Nada permite presagiar que las transformaciones actualmente en curso, pese a la evidente alteración de la configuración típica del trabajo asalariado a la que están dando lugar, puedan escapar a esta regla. El método indiciario de calificación, basado en la conceptualización de la subordinación como un poder jurídico y no de facto, cuyo ejercicio no se encuentra sometido por tanto a un ámbito físico o temporal de validez, es lo suficientemente abierto y flexible como para solventar las interrogantes planteadas por estos trabajos, aportando en cada caso una respuesta a la cuestión de la existencia de este elemento, en función de los datos que se desprendan del análisis de su configuración interna. El reto que plantean las nuevas formas de empleo no es, así, realmente otro que el de llevar a cabo una adecuada "recomposición del sistema indiciario"<sup>95</sup>, basada en una atenta observación de la manera como éstas comparecen en la realidad, que permita llevar a cabo esta tarea.

Como "test" de la validez de lo que se viene diciendo puede tomarse el caso paradigmático del antes aludido "teletabajo". Parte de los problemas de calificación jurídica que en este ámbito se plantean se derivan del hecho de que bajo esta denominación se cobijan en realidad una gama muy variada de situaciones, todas las cuales tienen en común el empleo de las modernas técnicas informáticas o audiovisuales como medio de interconexión. Son consideradas, así, como expresiones del "teletabajo", desde el funcionamiento de las denominadas "software houses", que operan como sociedades mercantiles independientes, dotadas de su propio personal y medios de trabajo, ofreciendo sus servicios al mercado, hasta la actuación del trabajador que, en su domicilio y sin más

<sup>94</sup> F. PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, op. cit., p. 40.

<sup>95</sup> Nuevamente, F. PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, loc. cit.

medios que una terminal telefónica y un ordenador personal, desarrolla de forma individual las tareas que le encarga una empresa<sup>96</sup>.

No obstante, si se descarta la necesidad de prestar atención a la primera de las situaciones descritas, por no presentar fricción alguna con el ámbito de la laboralidad, es posible centrar la atención en aquellos supuestos en que el "teletabajador" lleva a cabo su actividad de manera personal y directa en beneficio de una o más empresas. En estos casos, el "teletabajo" puede asumir dos formas básicas muy distintas, en función del grado de coordinación que exista entre el trabajador y el conjunto de la actividad productiva de la empresa<sup>97</sup>. Un primer supuesto es aquél en el que dicha coordinación es tan plena como la de los demás trabajadores "internos": el "teletabajador" se encuentra directa y permanentemente en conexión a través de su ordenador con el centro de proceso de datos de la empresa, debiendo permanecer al frente del mismo un número determinado de horas al día, para desarrollar las tareas que le sean indicadas. En esta hipótesis, es claro que el enlace con los ordenadores centrales de la empresa, a modo de cordón umbilical, es la forma como se lleva a cabo la supervisión del trabajador por parte del empleador<sup>98</sup>. El ordenador actúa, así, simultáneamente como instrumento de trabajo y como medio de control de la actividad del trabajador, ejerciendo sobre él una vigilancia que puede llegar a ser incluso más intensa que la habitual dentro de la empresa<sup>99</sup>. De allí que la existencia de un vínculo laboral se halle aquí fuera de toda discusión<sup>100</sup>.

<sup>96</sup> Para una tipología, vid. B. VENEZIANI, "Nuove tecnologie...", cit., p. 15-16.

<sup>97</sup> Se sigue aquí el planteamiento de la cuestión propuesto por M. R. ALARCON CARACUEL, "La ajenidad...", cit., pp. 533-534.

<sup>98</sup> Como observa M. PEREZ PEREZ, "Derecho del Trabajo y nuevos sistemas tecnológicos", *Relaciones Laborales*, 1988, T. II, p. 245.

<sup>99</sup> M. R. ALARCON CARACUEL, op. cit., p. 533. La mayor incisividad que puede asumir el control del trabajador a través de este tipo de medios es puesta de manifiesto igualmente por V. DI MARTINO, "Teletabajo", cit., p. 108, y M. PEREZ PEREZ, loc. cit.

<sup>100</sup> En este sentido, además de los autores citados en las notas anteriores, F. PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, *Nuevas tecnologías...*, cit., p. 43: "en el supuesto de que la prestación fuera objeto de un control continuo y directo que permitiera verificar el cumplimiento de un horario de trabajo (exigiria así un diálogo interactivo) nos encontraríamos ante un trabajo subordinado".

La solución no es, sin embargo, tan clara, cuando lo que se hace es "exteriorizar" determinadas funciones que pueden ser desarrolladas individualmente, sin necesidad de ningún tipo de coordinación o simultaneidad respecto del resto del personal. En este segundo supuesto, la coordinación con la actividad productiva de la empresa puede aparecer bastante más difuminada, dificultando adoptar una decisión acerca de la naturaleza de la relación existente entre las partes. Para la resolución de estos casos hay que recurrir al examen de elementos tales como la modalidad de inserción del trabajo en el sistema informático y telemático de la empresa (si existe un enlace directo con la central "empresa on-line" - o la comunicación se produce a través del almacenamiento de datos en disquetes - "empresa off-line" -) <sup>101</sup>, las características del programa que encausa la prestación (si permite o no la transmisión de instrucciones y el control de su cumplimiento), el grado de dependencia tecnológica (si el sujeto carece de know how propio o ha creado de forma autónoma el *hardware* o el *software* que utiliza) <sup>102</sup>, o el nivel de conexión funcional y económica existente respecto del ciclo productivo de la empresa <sup>103</sup> (si la prestación del trabajador aparece integrada o no en el mismo, para la determinación de lo cual cobra un especial relieve el análisis de datos tales como la continuidad jurídica de la prestación, la genericidad del objeto contractual, la exclusividad de la prestación para un solo empresario o la ausencia de riegos empresariales) <sup>104</sup>.

El manejo de este sistema de indicios puede conducir a adoptar, según los casos, una de las tres siguientes calificaciones:

- a) la de trabajador subordinado de régimen común, cuando sea

posible detectar, de todas formas, la existencia de un control continuo y directo sobre su actividad;

- b) la de trabajadora domicilio, cuando el poder de dirección empresarial se manifieste exclusivamente a través de la especificación inicial del trabajo a desarrollar y el control de su resultado <sup>105</sup>, o
- c) la de trabajador autónomo, cuando ninguna de estas notas comparezca en la realidad.

Lo anterior permite apreciar cómo los auténticos problemas que plantea la emergencia del "teletrabajo" no son propiamente de calificación jurídica, sino más bien de adopción de un régimen jurídico adecuado a sus peculiaridades, que permita conjurar los peligros de disolución de la acción sindical e incumplimiento de las normas laborales a los que puede conducir el aislamiento en el que se encuentra el trabajador en estos casos <sup>106</sup>.

## B. Los cuestionamientos provenientes del exterior: trabajo autónomo y trabajo "parasubordinado"

En contraste con la tendencia a la "asalarización" de la fuerza de trabajo experimentada en décadas pasadas, se asiste en la actualidad a una nueva fase en la evolución de las formas de organización de los procesos productivos, dentro de la cual asumen un protagonismo cada vez más amplio modalidades "externas" de inserción en los mismos, escasamente

<sup>101</sup> Esta distinción y su importancia son destacadas por W. DÄUBLER, *Derecho del Trabajo*, traducción de la edición alemana de 1990 a cargo de M. Acero Serna y P. Acero López, Madrid, MTS, 1994, pp. 929, 933.

<sup>102</sup> R. VENEZIA MI, "Nuove tecnologie ...", cit., p. 19, quien indica que este dato constituye "un elemento determinante para la determinación de la licitud de la descentralización y para la identificación de la relación".

<sup>103</sup> M. R. ALARCON CARACUEL, "La ajenidad ...", cit., p. 534.

<sup>104</sup> Para esta reconstrucción del sistema de indicios se ha seguido la sistematización de F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, *Nuevas tecnologías ...*, cit., p. 41. Vid. también, del mismo autor, "El trabajo subordinado ...", cit., p. 45.

<sup>105</sup> Expresamente en este sentido, M.-C. PALOMEQUE LOPEZ y M. ALVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, cit., p. 706; y F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, op. cit., pp. 43-44. Como indica este autor, si bien es obvio que el legislador no pensaba en el "teletrabajo" cuando reguló el trabajo a domicilio, el supuesto que se acaba de describir encaja perfectamente con la definición contenida en el artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores, puesto que aquí la prestación de la actividad laboral se realiza, igualmente, "en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste y sin vigilancia del empresario". En ambos casos el elemento determinante de la especialidad de la relación radica en la especial morfología de la vigilancia empresarial, que se concentra en los momentos previos y posteriores a la realización del trabajo.

<sup>106</sup> Como indica M. R. ALARCON CARACUEL, "La ajenidad ...", cit., p. 533.

utilizadas en el pasado. Este es el caso de las nuevas formas "descentralizadas" de empleo, de las que se acalza de dar cuenta. Pero no solamente. La cada vez más extendida puesta en marcha de estrategias de "descentralización productiva", a través de las cuales se persigue la obtención de los objetivos de la empresa, no por la vía de la incorporación de trabajadores a su plantilla, sino a través de la combinación de aportaciones parciales llevadas a cabo por empresas auxiliares o por colaboradores externos <sup>107</sup>, está dando lugar a un impulso hasta el momento desconocido de formas de trabajo autónomo, las cuales están pasando a ocupar parcelas cada vez más amplias del espectro productivo, las más de las veces en desmedro del trabajo subordinado <sup>108</sup>.

Si bien es cierto que esta tendencia a la "exteriorización" o "satelización" de las actividades empresariales no puede ser vista sino con cautela, puesto que es capaz de encubrir intentos elusivos de la aplicación de las normas laborales a verdaderas relaciones de trabajo <sup>109</sup>, no parece que en todos los casos pueda darse este tratamiento al fenómeno. Como se ha puesto de relieve, detrás del mismo se encuadran también trabajadores autónomos auténticos, que laboran contando con su propia organización y asumiendo los riesgos y beneficios de su actividad <sup>110</sup>, cuya aportación a la

<sup>107</sup> A. MARTÍN VALVERDE "El discreto retorno del arrendamiento de servicios", en AA VV., *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, Madrid, MTS, 1990, p. 225. Vid. también M. RODRIGUEZ-PINERO, "La huida del Derecho del Trabajo", *Relaciones Laborales*, 1992, núm. 12, pp. 6-7.

<sup>108</sup> En esta constatación existe una casi total coincidencia. Dentro de la doctrina española, vid. A. BAYLOS GRAU, *Derecho del Trabajo: modelo para armar*, Madrid, Ed. Trotta, 1991, pp. 68-69; S. GONZÁLEZ ORTEGA, "La difícil coyuntura del Derecho del Trabajo", *Relaciones Laborales*, 1987, T. II, pp. 278-279; J. L. GONZÁLEZ SEIN, "Flexibilidad y revisión ...", cit., pp. 71-75; F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, "El trabajo subordinado ...", cit., p. 47; M. RODRIGUEZ-PINERO, "Contratación temporal y nuevas formas de empleo", *Relaciones Laborales*, 1989, T. I, pp. 51-52, y "La huida ...", cit., p. 7; M. RUIZ CASTILLO, "Delimitación subjetiva del Derecho del Trabajo. Un interrogante específico: el trabajo parasubordinado", *Relaciones Laborales*, 1991, núm. 15-16, pp. 14-15; y T. SALA FRANCO y F. LÓPEZ MORA, "Contrato de Trabajo", cit., pp. 30-31.

<sup>109</sup> Se trata, como observan F. VALDES DAL-RE y A. PEDRAJAS MORENO, "Contrato de trabajo y contrato de transporte ...", cit., p. 130, de un fenómeno "cuya legalidad ha de ser examinada en cada caso con cautela suma, porque por esa vía se llegaría al absurdo de concebir a empresas sin personal trabajador en su plantilla".

<sup>110</sup> Pone el acento en ello M. RODRIGUEZ-PINERO, especialmente en *La huida* ..., cit., p. 7.

empresa no se realiza a través de la tradicional puesta a disposición de su fuerza de trabajo, sino por la vía de la "coordinación de actividades" <sup>111</sup>. A diferencia de lo que sucede con las formas tradicionales de aprovechamiento del trabajo en régimen de dependencia, en los supuestos de coordinación de actividades la vinculación de la labor del sujeto al proceso productivo de la empresa comitente no se deriva del ejercicio por parte de su titular de poder alguno de conformación de la prestación laboral, sino de la estipulación de un específico "programa negocial", dentro del cual se inscribe como un medio para su realización <sup>112</sup>. De allí que dicha coordinación no excluya la autonomía de quien trabaja en cuanto a la elección de las modalidades de ejecución del trabajo, y sea capaz de dar lugar a relaciones en principio excluidas del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo.

El auge de estas formas de coordinación es, de este modo, expresión de la progresiva pérdida de centralidad del ejercicio del poder de dirección empresarial en el desarrollo de los procesos productivos. Frente a éste están apareciendo otros medios más sofisticados que permiten al empresario asegurarse igualmente el resultado final del trabajo, que es lo que a fin de cuentas le interesa, sin necesidad de recurrir a la constitución de una relación laboral en sentido estricto <sup>113</sup>.

Pero si los procesos de descentralización están favoreciendo una ampliación de los espacios de actuación del trabajo autónomo, en la misma medida están contribuyendo también a dotar a éste de una nueva fisonomía, muy alejada de la que históricamente ha venido presidiendo su configuración. El

<sup>111</sup> A. MARTÍN VALVERDE, *El discreto retorno* ..., cit., p. 227.

<sup>112</sup> Así, M. V. BALLESTERO, "L'ambigua nozione di lavoro parasubordinato", *Lavoro e Diritto*, 1987, núm. 1, pp. 50-60. En la misma dirección, R. PESSI, "Spunti per una riflessione sulla fattispecie lavoro subordinato", *Il Diritto del Lavoro*, 1988, I, p. 545: "la coordinación constituye una nueva y más compleja modalidad organizativa de la prestación que, aún manteniéndose autónoma, se encuentra 'programáticamente vinculada', sin que ello suponga la atribución de poderes en cabeza del comitente distintos de aquellos de un más acentuado control".

<sup>113</sup> En este sentido, M. RODRIGUEZ-PINERO, "La huida ...", cit., p. 7.

trabajo autónomo hoy en fase de expansión no es ya representativo de una actividad desarrollada de forma abierta en favor de una clientela, con la cual se contratan encargos específicos, en función de las necesidades de cada momento. Antes bien, su instrumentalización en favor de dicha estrategia ha servido para añadirle un ingrediente del que antes carecía, que altera sustancialmente su funcionalidad original: la ya aludida coordinación respecto del desarrollo de la actividad productiva de la empresa comitente<sup>114</sup>. Los nuevos trabajadores autónomos no desarrollan sus labores con destino al mercado en general, sino de forma preferente o exclusiva en beneficio de determinadas empresas, con las cuales establecen vínculos de carácter más o menos estable o duradero. Esta circunstancia, sobre todo en los casos en que el sujeto ejecuta el trabajo de manera personal, es capaz de dar lugar a una situación de dependencia económica respecto de la empresa comitente, muy semejante en cuanto a sus características a la que padecen los trabajadores asalariados. Y es que, también aquí, apoyándose en su posición de hegemonía económica, la misma se encuentra en la posibilidad de imponer al autónomo que depende de su trabajo la mayor parte de las condiciones que han de presidir el desenvolvimiento de sus relaciones<sup>115</sup>. La autonomía técnica y funcional de la que éste goza no le proporciona, en este sentido, ninguna garantía efectiva de defensa de sus intereses, al insertarse en un contexto de desigualdad material de posiciones. Los procesos de "descentralización productiva" generan, de este modo, una peculiar dinámica de sujeción económica, que normalmente aparece disimulada detrás de la independencia de los trabajadores en cuanto a la elección de

<sup>114</sup> La referencia a este elemento diferencial, bajo la denominación de "alteridad", en J. L. GONÍ SEIN, *Flexibilidad y revisión* ..., cit., p. 82.

<sup>115</sup> En este sentido, T. SALA FRANCO y F. LOPEZ MORA, "Contrato de Trabajo", cit., pp. 33-34. La dependencia económica aparece también como un rasgo característico de estas relaciones en opinión de J. CRUZ VILLALÓN, "Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales", *Revista de Trabajo*, 1994, núm. 13, p. 29; S. GONZÁLEZ ORTEGA, "La difícil coyuntura ...", cit., p. 279; J. L. GONÍ SEIN, op. ult. cit. pp. 80-81; M. RODRIGUEZ-PINERO, "Economía sumergida y empleo irregular", *Relaciones Laborales*, 1985, T. I, pp. 47-48; y M. RUIZ CASTILLO, "Delimitación subjetiva ...", cit., p. 34.

los modos de ejecución de su trabajo.

Los sectores y actividades en los que estas situaciones de dependencia económica, encubiertas bajo formas contractuales de trabajo autónomo, pueden presentarse son, desde luego, de lo más diversos. Así, se citan, entre otros, los ejemplos de los colaboradores libres de prensa, radio y televisión, que actúan con total libertad en cuanto a la elección de temas y su tratamiento<sup>116</sup>; de los representantes mercantiles, agentes de ventas o agentes de seguros, que llevan a cabo su actividad sin estar sometidos a instrucciones o programas de trabajo previos<sup>117</sup>; de ciertos autónomos que ejecutan tareas integradas en los procesos productivos de las empresas de construcción<sup>118</sup>; o de los transportistas con vehículo propio, que prestan personalmente este servicio en beneficio preferente o exclusivo de determinadas empresas<sup>119</sup>.

El hecho de que las normas civiles o mercantiles que disciplinan estas actividades no contengan previsión alguna que se dirija a contemplar la situación real de quienes prestan su trabajo bajo tales condiciones, unido a la constatación cotidiana, por parte de los sujetos implicados, de sus similitudes a nivel social y económico respecto de los trabajadores asalariados, han propiciado que éstos vuelvan los ojos cada vez con mayor insistencia hacia el Derecho del Trabajo, en demanda de la tutela que se les niega por otras vías. Es así como se ha asistido en los últimos años en España a un espectacular incremento de los problemas de competencia jurisdiccional, originado esencialmente por la pretensión de personas integrantes de los colectivos antes mencionados de situarse bajo el

<sup>116</sup> A. MARTIN VALVERDE, "El discreto retorno ...", cit., pp. 227-228.

<sup>117</sup> A. OJEDA AVILES, "Encuadramiento profesional y ámbito del Derecho del Trabajo", *Relaciones Laborales*, 1988, núm. 3, p. 16.

<sup>118</sup> W. DAUBLER, *Derecho* ..., cit., p. 927, con referencia a la experiencia alemana.

<sup>119</sup> J. ZORZANO TOVILLAS, "La figura del transportista autónomo", *Relaciones Laborales*, 1994, núm. 24, pp. 87-90.

<sup>120</sup> Sobre esta tendencia, Vid. T. SALA FRANCO y F. LOPEZ MORA, "Contrato de Trabajo", cit., pp. 30-32; y A. OJEDA AVILES, loc. ult. cit.

paraguas protector de las normas laborales <sup>120</sup>

Aunque no siempre de manera homogénea, la jurisprudencia ha tratado de ofrecer una respuesta a estas demandas por la vía de la ampliación de los márgenes de actuación de la normativa laboral <sup>121</sup>. Ello ha servido para clarificar la naturaleza laboral de ciertas relaciones hasta entonces excluidas, rescatándolas así de la esfera civil o mercantil <sup>122</sup>. Pero no solamente. En ocasiones, la contemplación de la situación de precariedad o desprotección de determinados colectivos ha conducido a los jueces a desarrollar interpretaciones extensivas del elemento subordinación, basadas más en la apreciación de la similitud de su *status* socioeconómico respecto del que caracteriza a los trabajadores asalariados que en una aproximación jurídica a los rasgos que identifican esta modalidad de trabajo <sup>123</sup>.

El ejemplo paradigmático de este deslizamiento viene dado por la evolución que ha experimentado el tratamiento jurisprudencial de la actividad de los transportistas con vehículo propio a partir del pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre la laboralidad del trabajo de los denominados "mensajeros".

En efecto, apartándose de la línea jurisprudencial mantenida hasta entonces, unánimemente orientada a hacia la exclusión de quienes prestaban el servicio de transporte valiéndose de un vehículo de su propiedad, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1986 declaró la existencia de relación laboral entre las empresas dedicadas a la actividad de mensajería y los trabajadores que llevaban a cabo dicho servicio, sobre la base de entender que el escaso valor del vehículo utilizado (una motocicleta), permitía excluir que el objeto del contrato fuese la

<sup>121</sup> Como pone de manifiesto M. RODRIGUEZ-PINERO, "Economía sumergida ...", cit., p. 48.

<sup>122</sup> Este es el caso de los "mensajeros", al que se hará alusión inmediatamente.

<sup>123</sup> En este sentido, S. GONZÁLEZ ORTEGA, "La difícil coyuntura ...", cit., p. 278; y M. RUIZ CASTILLO, "Delimitación subjetiva ...", cit., p. 52.

<sup>124</sup> Sobre esta sentencia, puede consultarse especialmente el exhaustivo comentario de A. PEDRAJAS MORENO y F. VALDES DAL-RE, "Contrato de trabajo y contrato de transporte ...", cit., *passim*.

explotación del mismo en vez de la actividad del trabajador <sup>124</sup>. Pese a encontrarse referida a un colectivo muy específico, cuya laboralidad no parece en principio dudosa, la doctrina mantenida en esta sentencia tuvo la virtualidad, primero de desplazar el criterio tradicionalmente empleado para la diferenciación entre los contratos de trabajo y de transporte a un plano meramente cuantitativo (lo decisivo pasó a ser, no la propiedad del medio de transporte, sino su mayor o menor relevancia económica), y más tarde de anularlo casi por completo (ante la debilidad del enfoque anterior, se dejó de prestar atención al vehículo, para centrarse en el examen de la posición que asume el transportista en relación a la empresa consignataria) <sup>125</sup>. Este cambio de óptica condujo a la jurisprudencia, en una paulatina pero constante tendencia, a extender la calificación de trabajador a prácticamente todos aquellos transportistas que prestasen este servicio con asiduidad a algún tipo de empresa <sup>126</sup>. Ello terminó por convertir al transportista autónomo en una figura casi marginal dentro del tráfico de mercancías, si no condenada a su desaparición.

La loable preocupación por la situación de los colectivos implicados que este tipo de soluciones "expansivas" ponen de manifiesto no debe hacer perder de vista sus limitaciones e inconvenientes. No se trata solamente de que, como se ha advertido, de proseguir en el desarrollo de esta tendencia el Derecho del Trabajo podría terminar por absorber todo tipo de prestaciones que presenten alguna similitud, aunque sea incidental, con el modelo social típico incorporado por la norma, con lo que ello supone de desvirtuación conceptual y de manipulación de la realidad <sup>127</sup>. Tampoco el resultado al que se llega, consistente en la aplicación de la normativa

<sup>125</sup> Esta evolución jurisprudencial es puesta de relieve por F. VALDES DAL-RE, "Ley y jurisprudencia en la delimitación del ámbito del ordenamiento laboral: un diálogo en divergencia", *Relaciones Laborales*, 1994, núm. 16, pp. 33-34.

<sup>126</sup> Cfr. A. PEDRAJAS MORENO, "Transportistas: alcance de la exclusión de laboralidad en el artículo 1.3.g) del Estatuto de los Trabajadores", *Actualidad Laboral*, 1995, núm. 21-22, p. 317; y F. VALDES DAL-RE, *op. ult. cit.*, p. 35.

<sup>127</sup> En este sentido, S. GONZÁLEZ ORTEGA, "La difícil coyuntura ...", cit., p. 278; y M. RUIZ CASTILLO, "Delimitación subjetiva ...", cit., p. 52.

laboral de la actividad desarrollada por los transportistas con vehículo propio, iniciada por la sentencia sobre los "mensajeros", pero extendida posteriormente a supuestos de hecho distintos de los que la habían justificado inicialmente<sup>131</sup>. En concreto, lo que se persigue es, más que desautorizar esta doctrina en toda su extensión, tratar de reconducirla a los márgenes dentro de los cuales fue originariamente formulada. Es por ello que, como se ha observado, la línea divisoria entre el transportista dependiente y el transportista autónomo se sitúa en la posesión o no de autorización administrativa para la realización de la actividad de transporte, requisito que no afecta, entre otros supuestos, a la actividad de mensajería ligera o menuda<sup>132</sup>.

No cabe duda de que, a través de tan tajante procedimiento, han quedado eliminadas de plano las tensiones que terminaron por dar lugar a la inclusión del colectivo de transportistas en el marco del ordenamiento laboral. Sin embargo, estas mismas tensiones son susceptibles de reproducirse en relación a otros muchos sectores de trabajadores autónomos que desarrollan su actividad bajo condiciones similares, sin que parezca razonable que el Legislador deba proceder a repetir la misma operación excluyente respecto de cada uno de ellos. Y es que el problema de fondo que sigue estando latente, y que la norma no contribuye a resolver, no es otro que la situación de desamparo jurídico en el que quedan

131 Cfr., en este mismo sentido, las opiniones de L. M. CAMPS RUIZ, *La nueva regulación del mercado de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, pp. 284-285; A. PEDRAJAS MORENO, "Transportistas...", cit., p. 316; y F. VALDES DAL-RE, "Ley y jurisprudencia...", cit., p. 35.

132 F. VALDES DAL-RE, op. cit., p. 35. Como indica este autor, op. cit., p. 37, "el nuevo artículo 1.3.g) ET no pretende volver a la situación anterior a la sentencia de los 'mensajeros'; su objetivo es, por decirlo con un símil histórico, detener la evolución de la jurisprudencia en ese mismo estadio". Que la exclusión en cuestión no llega a alcanzar a estas actividades queda claro, por lo demás, a partir del examen del artículo 41 del Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre, con arreglo al cual no será necesaria la obtención de "título administrativo habilitante" cuando se trate de "transportes públicos o privados complementarios de mercancías realizados en vehículos de hasta 2 toneladas métricas de peso máximo autorizado inclusive".

laboral común sin ningún tipo de fisuras o restricciones, parece ser el más adecuado, ya que no contempla la singularidad de las relaciones implicadas, tanto desde la perspectiva del sujeto que trabaja, como de la actividad productiva que desarrolla. Este tipo de soluciones parten de una premisa que, como se ha podido comprobar, se encuentra hoy claramente en entredicho: la normal "asalarización" de todos los trabajos, con la consiguiente tendencia a la desaparición de los trabajos autónomos<sup>128</sup>. Persistir en este camino, pretendiendo uniformizar el tratamiento de las nuevas formas de trabajo autónomo en emergencia dentro de un régimen jurídico diseñado para una realidad distinta puede contribuir, por ello, antes que a proporcionar una adecuada tutela a quienes se desenvuelven en este medio, a ahogar el dinamismo, la flexibilidad y la creatividad que las caracterizan<sup>129</sup>.

De allí que no deba causar excesiva extrañeza la decisión del Legislador de poner freno al proceso de laboralización del sector del transporte de mercancías experimentado en España en los últimos años. Esta decisión se ha hecho operativa mediante la adición de un nuevo apartado g) al artículo 1.3 del Estatuto de los Trabajadores, a través del cual se declara expresamente excluida del ámbito laboral "la actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada, mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador"<sup>130</sup>.

Más allá de lo confuso de la redacción del precepto, lo que parece evidente es que su propósito no es otro que el de "rectificar" la doctrina jurisprudencial sobre la naturaleza

128 La observación es de M. RODRIGUEZ-PINERO, "Economía sumergida...", cit., p. 48.

129 Nuevamente, M. RODRIGUEZ-PINERO, loc. cit.

130 Este apartado fue añadido en virtud de la Disposición Final 7ª de la Ley 11/1994, de 19 de mayo.

estos colectivos como consecuencia de su exclusión del régimen protector del Derecho del Trabajo. Como se ha indicado, "fuera de la regulación del trabajo subordinado está el desierto normativo, la impunidad o la dictadura de un mercado que encuentra una amplia oferta de mano de obra disponible en las condiciones que sea e indefensa jurídica e institucionalmente"<sup>133</sup>. Por ello, lo más cuestionable de la solución dada al caso de los transportistas con vehículo propio no es tanto en su expulsión del terreno de la laboralidad, con todo lo discutible que pueda ser el empleo, como elemento decisivo de la misma, del cumplimiento de un requisito de carácter puramente formal (la obtención de una autorización administrativa)<sup>134</sup>, como el hecho de que el legislador no se haya ocupado simultáneamente de atender a la situación de dependencia económica en la que se ven sumidos estos trabajadores como consecuencia, precisamente, de que "dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador", conforme se encarga de apostillar la propia norma.

La cada vez más notoria presencia de este tipo de situaciones de subprotección en zonas pertenecientes al universo del trabajo autónomo, unida a la constatación de la existencia de determinados grupos privilegiados de trabajadores subordinados (directivos, técnicos de alto nivel, etc.), ha servido para poner en marcha un intenso debate acerca de la idoneidad de la subordinación para

<sup>133</sup> M. RODRIGUEZ-PINERO, "Economía sumergida ...", cit., p. 44.

<sup>134</sup> Para A. PEDRAJAS MORENO, "Transportistas: alcance ...", cit., pp. 320-321, se está en este caso ante una exclusión constitutiva y no meramente declarativa, que deja fuera del ámbito laboral a auténticos trabajadores. No obstante, conforme observa F. VALDES DAL-RE, op. cit., pp. 32-33, la misma tiene dicha naturaleza constitutiva solamente si se la contempla desde la perspectiva de la vertiente jurisprudencial reseñada en su momento, prestándose a conclusiones más matizadas en caso de hacerlo desde una vertiente sustantiva. En esta última dirección, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1996 (A. 4994), expedida en casación para la unificación de doctrina, afirma con rotundidad que "el interrogante sobre el cumplimiento en la regulación del art. 1.3.g) ET del requisito de coherencia con el criterio general de laboralidad constituido por las notas de ajenidad, dependencia y retribución salarial se ha de despejar en sentido afirmativo. El criterio de la autorización administrativa exigido a los transportistas con vehículo propio a partir de un cierto tonelaje refleja la importancia del medio de transporte en el desarrollo de la actividad, que es indicativa a su vez del carácter por cuenta ajena o por cuenta propia del servicio de transporte realizado".

seguir actuando en el futuro como criterio principal de imputación de la tutela que ofrecen las normas laborales. Se ha dicho, así, que ésta proporciona un patrón puramente abstracto o formal de calificación, basado en el análisis de la manera como se ejecuta el trabajo, al margen de cualquier consideración sobre la situación social del afectado, que conduce a proporcionar tutela a sujetos que no la requieren, en tanto que la niega a otros que precisan de ella<sup>135</sup>. Para superar este estado de cosas se articula una diversidad de propuestas alternativas, todas las cuales basculan alrededor de dos ejes fundamentales: de un lado, el reconocimiento de la necesidad de superar las barreras que actualmente separan el trabajo subordinado del trabajo autónomo, extendiendo la aplicación de las normas laborales a una parcela más o menos amplia de este último; del otro, la afirmación de la conveniencia de proceder a "graduar" los niveles de tutela al interior de este amplio universo, concediendo una mayor relevancia a la situación de efectiva debilidad contractual de los sujetos implicados<sup>136</sup>.

Superar la configuración actual del Derecho del Trabajo como disciplina jurídica de la prestación de trabajo subordinado, procediendo a englobar dentro de él un heterogéneo sector de relaciones, bien dependientes o bien autónomas, cuyo denominador común vendría dado por el desequilibrio de posiciones en el que se desenvuelven, no parece ser, sin embargo, la vía más adecuada para corregir las disfuncionalidades denunciadas. Pese a la evidente aproximación que se ha producido en los últimos años en cuanto las condiciones materiales y sociales de su desenvolvimiento, el trabajo autónomo y el trabajo subordinado siguen siendo en la actualidad realidades distintas, que reclaman una ordenación jurídica diferenciada. De allí la escasa

<sup>135</sup> La elección de este planteamiento como punto de partida de una visión crítica de la función desempeñada por la dependencia es recurrente. Así, dentro de la doctrina española, Vid. J. L. GONZÁLEZ SEIN, "Flexibilidad y revisión ...", cit., p. 81; M. RODRIGUEZ-PINERO, "Economía sumergida ...", cit., p. 47; y M. RUIZ CASTILLO, "Delimitación subjetiva ...", cit., p. 25.

<sup>136</sup> Para una sistematización de estas propuestas, Vid. M. RUIZ CASTILLO, op. ult. cit., pp. 26-30.



utilidad del recurso a conceptos tan vagos e imprecisos como los de "dependencia económica", "desequilibrio contractual" u otros semejantes, de cara a la unificación conceptual de modalidades de trabajo cuyo régimen jurídico ha de permanecer necesariamente apartado en la mayor parte de sus aspectos.

Frente a esta clase de planteamientos, parece más razonable entender que lo que ponen en cuestión los desajustes - a los que se ha hecho referencia - no es propiamente la distinción entre trabajo subordinado y trabajo autónomo, que como tal mantiene plena vigencia, sino más bien la absolutamente desigual distribución de los niveles de protección jurídica que de la misma se deriva. En efecto, si existen relaciones de trabajo subordinado sobreprotegidas y prestaciones de trabajo autónomo que se desenvuelven en un marco de hiposuficiencia contractual, no es debido a la falta de idoneidad de la dependencia para actuar como criterio diferenciador entre ambas modalidades, sino a la excesiva radicalidad de los efectos que normalmente acompañan a la calificación como subordinada o autónoma de una determinada forma de empleo: bien la aplicación en bloque de la legislación laboral, o bien la exclusión más absoluta de toda protección.<sup>137</sup> Aunque esta solución bipolar normalmente proporciona una respuesta adecuada a las necesidades sociales de protección de los colectivos implicados (a diferencia del trabajo autónomo, el trabajo subordinado se presta por lo general bajo unas condiciones de sujeción económica y personal que reclaman una respuesta tutelar específica por parte del ordenamiento jurídico), no siempre es así. El hecho de que la distinción entre ambas formas de trabajo parta, como no podía ser de otro modo, del examen de la configuración interna de la relación de intercambio, para deducir a partir de ella la necesidad o no de tutela del sujeto que trabaja, abre la posibilidad de que existan grupos al interior de una u otra que escapen a la regla. El caso del personal de alta dirección,

<sup>137</sup> En este sentido, M. RODRIGUEZ PINERO, "Contratación temporal y nuevas formas de empleo", cit., p. 62.

resuelto por lo demás por el Derecho español mediante el establecimiento para este colectivo de un régimen especial "semilaboral"<sup>138</sup>, caracterizado por la introducción de profundas modificaciones y derogaciones respecto de la legislación laboral común, constituye el ejemplo más señalado dentro del campo de las prestaciones de trabajo subordinado. Otro tanto sucede, en el terreno opuesto, con las nuevas formas de trabajo autónomo desarrolladas al hilo de los procesos de "descentralización productiva" de las que se ha venido tratando en las páginas anteriores.

Centrando la atención en este último supuesto, es evidente que las dos opciones que actualmente ofrece el ordenamiento jurídico a quienes prestan su trabajo bajo tales condiciones resultan igualmente inadecuadas para hacer frente a la singularidad de su situación, puesto que no se trata de trabajadores dependientes, a cuya prestación corresponda aplicar todas las garantías contenidas en las normas laborales, ni de autónomos en el sentido económico del término, a los cuales sea indiferente toda protección, por desenvolverse con total libertad dentro del mercado. En ambos casos, por exceso o por defecto, la solución es finalmente "extremista", y por lo tanto susceptible de acarrear consecuencias sociales negativas.<sup>139</sup>

De allí que la respuesta más conveniente a la problemática planteada por estas formas de trabajo autónomo prestado en régimen de dependencia económica no se encuentre, ni en el intento de ensanchar más allá de lo razonable los alcances de la noción de trabajador subordinado con el fin de lograr incluirlas en el ámbito de la laboralidad (como sucedió en el caso de la

<sup>138</sup> En palabras de A. MONTOYA MELGAR, *Derecho* ..., cit., p. 501.

<sup>139</sup> Como observa M. PEDRAZZOLI, "El trabajo que cambia: problemas de calificación y de método", en M. E. CASAS BAAMONDE (Directora), *Estudios sobre flexibilidad laboral y nuevas comportamientos sindicales, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1988, núm. 14 (monográfico), pp. 116-117. Este punto de vista es compartido por M. RODRIGUEZ-PINERO, "Contratación temporal ...", cit., p. 52. Véase también J. CRUZ VILLALON, "Descentralización productiva ...", cit., p. 29.



jurisprudencia sobre los transportistas con vehículo propio), ni en su abandono al imperio de las leyes de la libre concurrencia (como ha terminado por ocurrir por efecto de la "reacción" del Legislador frente a dicha línea jurisprudencial), sino en proveer a esta categoría tan singular de trabajadores de medios de defensa adecuados a su específica situación, que contribuyan a proporcionar a las relaciones que entablan con las empresas comitentes el equilibrio del que carecen en la actualidad<sup>140</sup>. Al poner fin a la "fatal alternativa" entre inclusión-protección y exclusión-desprotección, esta solución permitiría disipar las tensiones que en los últimos años han venido presionando en favor de una extensión cada vez menos rigurosa del ámbito de aplicación de las normas laborales. Las partes podrían así optar con mayor libertad entre uno u otro tipo de vinculación, en razón de las características de la prestación y el régimen jurídico del que quisieran dotarla, sin que en ningún caso ello tenga que suponer el sometimiento de una respecto de la otra<sup>141</sup>.

La implementación de esta propuesta puede llevarse a cabo de dos formas distintas: bien a través de una cláusula general, que delimita de forma abstracta los contornos del colectivo de trabajadores autónomos en cuestión y disponga la aplicación al mismo de algunas de las garantías hasta ahora aplicadas exclusivamente a los trabajadores dependientes (amen de otras diseñadas específicamente en su favor, claro está), o bien mediante un conjunto de regulaciones especiales, adaptadas a las necesidades específicas de determinados grupos o sectores de los mismos.

La primera es la vía seguida por el Legislador italiano, que optó

<sup>140</sup> No son pocos los autores que, aunque con matices diversos, se inclinan dentro de la doctrina española por la puesta en marcha de una solución de este tipo. Cf. J. CRUZ VILLALÓN, op. cit., pp. 29-30; S. GONZÁLEZ ORTEGA, *La difícil coyuntura* ..., cit., pp. 279; J. L. GONZÁLEZ SEIN, *Flexibilidad y revisión* ..., cit., pp. 84-88; M. RODRÍGUEZ-PINEÑO, *Economía sumergida* ..., cit., p. 48; M. RUIZ CASTILLO, *Contrato de limitación subjetiva* ..., cit., pp. 34-37; y T. SALA FRANCO Y F. LOPEZ MORA, *Contrato de trabajo*, cit., pp. 32-34.

<sup>141</sup> Estas ventajas son puestas de relieve por S. GONZÁLEZ ORTEGA, loc. cit.

tempranamente por tipificar la figura del "trabajo parasubordinado", asignando a quienes trabajan con arreglo a las peculiares condiciones que la caracterizan dos garantías básicas: la inderogabilidad de los derechos establecidos en su favor a través de la negociación colectiva y el sometimiento de las controversias que los afecten a la normativa procesal laboral<sup>142</sup>.

La aptitud de esta categoría para abarcar el conjunto de relaciones de trabajo autónomo a las que se ha venido haciendo referencia resulta palmaria a poco que se aprecie la definición que de la misma se aporta. En efecto, conforme al artículo 409.3 del Código de Procedimiento Civil italiano, se consideran comprendidas dentro de la misma las "relaciones de agencia, representación comercial y otras relaciones de colaboración que se concreten en una prestación de obra continuada, coordinada y prevalentemente personal, aunque no de carácter subordinado". El "trabajo parasubordinado" no es, de este modo, representativo de una nueva categoría de relaciones de trabajo, que se sitúe en la línea divisoria entre subordinación y autonomía a modo de *tertium genus*, sino de un peculiar subtipo o especie del género del trabajo autónomo, que individualiza a aquel tipo especial de relaciones que, pese a no dar lugar a un vínculo de subordinación propiamente dicho, generan un estado de dependencia económica de parecido alcance<sup>143</sup>. El carácter prevalentemente personal de la prestación, su continuidad en el tiempo a través de una serie de comportamientos consecutivos y su coordinación respecto de la actividad productiva de la empresa comitente no son, en este sentido, más que los elementos de los que se sirve el Legislador para individualizar aquellos supuestos en los esa situación de sujeción económica puede presentarse, a los

<sup>142</sup> La tipificación de la figura tuvo lugar inicialmente a través de la Ley núm. 749, de 1959, sobre extensión *erga omnes* de los contratos colectivos. Posteriormente, la Ley núm. 409, de 1973, extendió sus alcances al ámbito del proceso laboral.

<sup>143</sup> En este sentido, M. V. BALLESTERO, "Ambigua nozione ...", cit., pp. 63-64. Igualmente, R. PESSI, "Spunti per una riflessione ...", cit., p. 546; y, dentro de la doctrina española, M. RUIZ CASTILLO, "Delimitación subjetiva ...", cit., pp. 37-38.

efectos de proporcionarles una especial tutela, que en este caso discurre por la vía de su equiparación con las auténticas relaciones de trabajo subordinado respecto de ciertas garantías<sup>144</sup>. La adopción de una solución de este tipo podría, por ello, ser capaz de proporcionar una respuesta satisfactoria a la gran mayoría de los supuestos que han venido planteando en España problemas de calificación a nivel jurisprudencial, contribuyendo así a frenar la tendencia expansiva que en los últimos años ha experimentado la aplicación de las normas laborales<sup>145</sup>.

En principio, la posibilidad de avanzar en España en esta dirección se encontraría implícita en la redacción de la Disposición Final 1ª del Estatuto de los Trabajadores, cuando indica que "el trabajo realizado por cuenta propia no estará sometido a la legislación laboral, excepto en aquellos aspectos que por precepto legal se determine expresamente". No debe perderse de vista, sin embargo, que el precepto estatutario posee dos limitaciones que hacen más difícil que pueda cumplir una función similar a la que han venido desempeñando las disposiciones vigentes en Italia. Antes que nada, incluye una genérica referencia al trabajo autónomo, dentro de la cual tienen espacio muchas más situaciones que aquellas realmente necesitadas de protección. Además, se trata de una norma que parte de una filosofía general excluyente de esta modalidad de trabajo, con arreglo a la cual la extensión a ésta de las normas laborales es concebida como un fenómeno marginal<sup>146</sup>.

Estas limitaciones parecen haber influido para que el Legislador, en las contadas ocasiones en que ha optado por hacer uso de esta habilitación, no haya actuado teniendo en cuenta las razones de

<sup>144</sup> Sobre los elementos configuradores de la noción de "parasubordinación". Vid. M. V. BALLESTERO, op. ult. cit., pp. 57-63; R. PESSI, op. ult. cit.; y M. RUIZ CASTILLO, op. ult. cit., pp. 45-48.

<sup>145</sup> Así lo entiende M. RUIZ CASTILLO, op. ult. cit., p. 62. A fin de cuentas, el cometido de este tipo de operaciones no es otro que el de tratar de reequilibrar la disparidad de las relaciones en cuestión con el fin de contener la tendencia a su inclusión indiscriminada en el ámbito laboral. En este sentido, nuevamente M. V. BALLESTERO, op. ult. cit., p. 48.

<sup>146</sup> En esta dirección, M. RUIZ CASTILLO, op. ult. cit., p. 35.

política del Derecho que justificarían su empleo.

Este es el caso del artículo 3.1 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, conforme al cual "los trabajadores por cuenta propia que no tengan trabajadores a su servicio", lo mismo que los parados, incapacitados y jubilados, "podrán afiliarse a las organizaciones sindicales constituidas con arreglo a lo expuesto en la presente Ley, pero no fundar sindicatos que tengan precisamente por objeto la tutela de sus intereses singulares, sin perjuicio de su capacidad para constituir asociaciones al amparo de la legislación específica". Como se ha observado, no se entiende bien la razón de esta equiparación, si lo que se permite a estos trabajadores es, exclusivamente, afiliarse a unos sindicatos cuya actuación no va a repercutir en la defensa de sus intereses<sup>147</sup>. La presencia de vínculos relativamente estables, al menos en los supuestos en los que existe una efectiva coordinación entre la labor del trabajador y la actividad productiva de la empresa comitente, deja márgenes suficientes, empero, para el desarrollo de una actividad "parasindical" independiente por parte de ciertas categorías de autónomos, la cual puede dar lugar incluso a acuerdos colectivos, los cuales podrían ofrecer a éstos soluciones adaptadas a su peculiar problemática, como lo demuestra la experiencia italiana, donde la negociación colectiva de los trabajadores "parasubordinados" constituye una vigorosa realidad<sup>148</sup>.

Otro tanto puede afirmarse de la genérica referencia del artículo 3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, a los "derechos y obligaciones" que de su articulado "puedan derivarse para los trabajadores autónomos", cuya virtualidad se limita de forma prácticamente exclusiva a la aplicación en relación a los mismos de los deberes de cooperación e información por parte

<sup>147</sup> T. SALA FRANCO e I. ALBIOL MONTESINOS, *Derecho Sindical*, Valencia, Tirant lo blanch, 4ª edic., 1996, p. 86.

<sup>148</sup> Cfr. G. GHEZZI y U. ROMAGNOLI, *Il Diritto Sindacale*, Bologna, Zanichelli, 2ª ed., 1987, p. 43.

del empresario principal previstos por los dos primeros apartados de su artículo 24 para los supuestos de "coordinación de actividades empresariales". Ciertamente es que, como se ha observado, esta es una Ley que focaliza su atención en la tutela del trabajo asalariado, enfocando las obligaciones en materia de salud y seguridad como un derecho de los trabajadores frente a los empresarios en el marco de la relación laboral.<sup>149</sup> No obstante, nuevamente aquí, la naturaleza de la vinculación existente entre ciertos autónomos y la actividad productiva de la empresa comitente, reiteradamente descrita, hubiera hecho aconsejable plantearse la posibilidad de una regulación más incisiva de las obligaciones y responsabilidades de la empresa principal en este tipo de supuestos.<sup>150</sup>

La otra posibilidad, menos difundida pero susceptible igualmente de desplegar efectos positivos, es la de proceder al establecimiento de un régimen jurídico específico para colectivos concretos de trabajadores autónomos, que se sitúe extramuros del Derecho del Trabajo, pero recogiendo determinadas categorías protectoras "importadas" de éste o diseñando otras *ad hoc* con el mismo fin.

149 Desde esta perspectiva, S. GONZÁLEZ ORTEGA y J. APARICIO TOVAR, *Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales*, Madrid, Ed. Trotta, 1996, p. 61, consideran "un tanto anómalo" que se haga referencia a los trabajadores autónomos en el artículo 3 de la Ley, dedicado a la determinación de su ámbito de aplicación, añadiendo que "cuando alguien crea un riesgo para sí mismo está fuera de la aplicación de este tipo de normativa". En la misma dirección, J. I. GARCÍA NINET, "Algunas cuestiones acerca de los derechos y deberes de los trabajadores en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", Comunicación al VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valladolid, mayo de 1996, Primera ponencia: "La prevención de riesgos laborales: funciones, contenido y efectos", considera "difícil hacerse idea de cómo podría resultar aplicable a trabajadores por cuenta ajena" la regulación en cuestión, si bien reconoce que "las cuestiones relativas a la salud profesional exceden con mucho del simple ámbito laboral por cuenta ajena".

150 Desde esta perspectiva resulta sorprendente que, como observan S. GONZÁLEZ ORTEGA y J. APARICIO TOVAR, op. cit., p. 166, el Legislador no haga extensiva a la relación entre empresa principal y trabajador autónomo la obligación de vigilancia del cumplimiento de la normativa en materia de prevención de riesgos, prevista por el apartado 3 del artículo 24 para los supuestos en que las primeras "contratan o subcontratan con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad (...) y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo". Las obligaciones previstas por el artículo 24 en relación a los trabajadores autónomos son criticadas también por D. SANCHEZ CUREL, *Todo sobre la nueva Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Barcelona, Ed. Praxis, 1996, p. 34, quien las considera "exiguas", además de carentes de correspondencia sancionatoria en caso de incumplimiento.

Esta solución ha sido puesta en práctica en España para el sector de agentes comerciales independientes a través de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, por la que se regula el contrato de agencia. En efecto, esta Ley, expedida en cumplimiento de la Directiva Comunitaria 86/675/CEE, de 18 de diciembre de 1986, lleva a cabo una regulación francamente tutelar de los derechos del agente, que en muchos de sus aspectos se aproxima a la prevista por el Real Decreto 1438/1985, de 1 de agosto, para los agentes comerciales dependientes.<sup>151</sup> En la elección de esta orientación ha influido, sin duda, el hecho de que el contrato de agencia se encargue de disciplinar las relaciones en virtud de las cuales un sujeto se obliga a promover actos u operaciones de comercio por cuenta de otro "de manera continuada o estable", y no meramente esporádica o eventual.<sup>152</sup> Es decir, lo regulado en este caso son las "relaciones de agencia" o "representación comercial" a las que alude la normativa italiana como uno de los supuestos emblemáticos de "trabajo parasubordinado".<sup>153</sup> La diferencia radica exclusivamente en el empleo de una técnica legislativa distinta, que pone el acento en la regulación del contenido de la relación contractual, en lugar de postular una equiparación a nivel colectivo y jurisdiccional. El resultado que por esta vía puede conseguirse es, finalmente, muy

151 Vid. A. PEDRAJAS MORENO, "Consejeros-delegados de empresas societarias y agentes comerciales independientes: dos problemáticos supuestos de exclusión de laboralidad", *Actividad Laboral*, 1993, núm. 23, pp. 427, 443-445.

152 El carácter continuado de la actividad del agente no debe, tampoco aquí, inducir a confusión. Como indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1996 (A. 5631), expedida en casación para la unificación de doctrina, "la nota que diferencia al representante de comercio, sometido a la relación laboral especial antes citada, de quien asume el papel de agente como consecuencia de la válida celebración de un contrato de agencia, radica esencialmente en la dependencia, la que ha de presumirse excluida, con consecuencias eliminatorias de la laboralidad, cuando aquel que por cuenta de una o varias empresas se dedica a promover o a concluir, actos u operaciones de comercio, despliega dicha actividad en términos de independencia, circunstancia ésta que ha de entenderse concurrente en aquellos supuestos en que, al asumir dichas funciones, queda facultado para organizar su actividad profesional y el tiempo que fuera a dedicar a la misma, conforme a sus propios criterios, sin quedar sometido, por tanto, en el desenvolvimiento de su relación, a los que pudiera impartir en tal aspecto la empresa por cuya cuenta actúe".

153 Cfr. G. GHEZZI y U. ROMAGNOLI, *Il rapporto di lavoro*, Bologna, Zanichelli, 1984, p. 33, para los cuales la relación de agencia constituye el "ejemplar típico de la categoría de relaciones de trabajo parasubordinado".

Wilfredo Sanguinetti Raymond

similar: poner fin a la radicalidad de los efectos de la calificación como laboral o no de la relación, permitiendo así a las partes elegir con menores condicionamientos una u otra opción, en función de los alcances del vínculo que entre ellas quisieran establecer<sup>154</sup>.

<sup>154</sup> Desde esta perspectiva, la normativa sobre contrato de agencia contenida en la Directiva y la Ley citadas ha sido vista por la doctrina como un primer paso para conseguir una cierta flexibilización de las "zonas grises" del Derecho del Trabajo, mediante protección de colectivos de trabajadores autónomos "parasubordinados". Cfr. A. PEDRAJAS MORENO, op. ult. cit., p. 443; y T. HUERTAS BARTOLOME, *Mediación mercantil en el ordenamiento español. Un estudio sobre la relación laboral especial contemplada en el art. 2º.1.f) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, Ed. Tecnos, 1991, p. 249.

## I.- SUBORDINACION (\*)

Guillermo Cabanellas

## A) CARACTERES Y ELEMENTOS

## ANTECEDENTES HISTORICOS

El *status subjectionis* se concibe como antecedente de la subordinación. Pérez Botija sostiene que las raíces jurídicas de la subordinación "hay que buscarla en la antigua patria potestad o en el poder de señorío que tenían los dueños sobre los siervos; esta relación de dominio, depurada jurídicamente, dentro de los modernos conceptos que garantizan la libertad y dignidad de las personas, puede servir de esquema institucional para representarnos lo que es la dependencia en sentido laboral (1). Esa posibilidad, que en cuanto al origen parece admitirse, no es totalmente cierta. Los romanos concebían las siguientes formas de estados o situaciones jurídicas generales de las personas: *status civitatis*, *status libertatis* y *status familiae*. La subordinación no se concibe como un *status especial*, constituye una situación diferente del estado o *status*, como posición o situación de hecho, reconocida y regulada por el Derecho (2).

Todo estado de sujeción aparece como derivación del poder que el fuerte tiene de mandar al débil. En Derecho Laboral, ese poder no se concede aunque una de las partes, el patrono, sea más fuerte económicamente que la otra, el trabajador. La subordinación no resulta consecuencia de ese supuesto poder, que el Derecho no podría aceptar y que la justicia rechazaría.

## IMPORTANCIA DE LA SUBORDINACION EN EL CONTRATO DE TRABAJO

Se concede tal importancia a la subordinación, que se ha llegado a intentar sustituir la denominación de contrato de trabajo por la de relación de trabajo subordinado; y la de Derecho de Trabajo, por la de Derecho de Trabajo subordinado. Para ello se tiene presente que las leyes laborales tratan de proteger, en forma exclusiva, no al trabajador en sí, sino al trabajo subordinado; por lo cual se considera que allí donde no hay subordinación, no existe tampoco contrato de trabajo. Entre las personas que realizan un trabajo se distinguen, en esa forma, dos grupos, caracterizados por la existencia o ausencia de un estado de subordinación. Se afirma así que el Derecho de Trabajo gobierna el trabajo subordinado, el trabajo dependiente; o sea, las relaciones jurídicas nacidas del cumplimiento de un trabajo por cuenta de otro, cada vez que la ejecución del trabajo se acompaña de una subordinación respecto del patrono o empresario (3).

La subordinación constituye, además, elemento principal que sirve para determinar la verdadera naturaleza jurídica de las prestaciones de servicio. La importancia que tiene la aplicación de las leyes laborales, por los derechos y obligaciones conferidos a las partes contratantes en la relación de trabajo, exige que el contrato de trabajo se determine en su estructura jurídica por elementos propios y requiere evitar la confusión con otros convenios muy simila-

(\*) CABANELLAS, Guillermo Contrato de Trabajo. Vohman L. Editorial Bibliográfica OMEBA. Buenos Aires, 1963 pp. 237-272

(1) *El Derecho del Trabajo* (Madrid, 1947), pág. 112.

(2) Cfr. Cassir: *La subordinazione idel lavoratore nel Diritto del Lavoro* (Milán, 1947), págs. 81 y 55.

(3) Cfr. Durand y Jaussaud: *Traité de Droit du Travail* (Paris, 1947), t. I, pag. 4.

res. La realidad es que todo trabajador trata de obtener trabajo como medio de vida. Pero no todo trabajo, constituye objeto del contrato del mismo nombre, sino solamente el prestado en determinadas condiciones.

Tal situación provoca la necesidad de definir el contrato de trabajo; y en toda definición encontramos la nota de dependencia o subordinación de una parte con respecto a la otra. De ahí surge una presunción *juris tantum* que permite considerar, siempre por efecto de la ley, cual trabajador, como sujeto del contrato de trabajo, a todo aquel que realiza un trabajo o presta un servicio bajo la dependencia de otro; y más aún cuando su ocupación principal consista en ejercer una profesión u oficio. La habitualidad en la realización del trabajo, el vivir de un salario, la prestación de servicios subordinados correspondientes al oficio o profesión desempeñados por el trabajador y la calidad de patrono del contratante, manifestada por el empleo periódico o permanente de trabajadores a su cargo, fundamentan aquella presunción.

El contrato de trabajo presupone que el trabajador se encuentra en relación de subordinación con quien contrata sus servicios y a quien presta éste, siendo en este punto coincidente la doctrina (5). Pero esta idea, que se ha generalizado, ofrece no pocas dificultades para encontrar, en su desarrollo, la necesaria uniformidad en los principios esenciales que permitan la fijación de una doctrina admitible sin oposición.

#### DEFINICION

Definir qué se entiende por *estado de subordinación* es uno de los problemas más difíciles y en relación al cual se encuentra más dividida la doctrina (6). Dentro de la tesis por nosotros sostenida, en relación a su naturaleza jurídica, entendemos por subordinación el estado de limitación de la autonomía del trabajador al cual se encuentra sometida, en sus prestaciones, por razón de su contrato; y que proviene de la potestad del patrono o empresario para dirigir la actividad de la otra parte, en orden al mayor rendimiento de la producción y al mejor beneficio de la empresa.

Para Cassi es "una situación particular de dependencia jurídica del trabajador frente al patrono" (7), para Barassi, que reproduce la tesis jurisprudencial,

000247  
cial, la subordinación consistiría "en la dependencia jerárquica y disciplinaria que vincula la libre actividad del individuo a las órdenes, a las limitaciones y a las iniciativas unilaterales del empleador en cuya organización técnica y administrativa es absorbida" (8). En el concepto de Pérez Botija, la "dependencia significa que una persona está sometida a la voluntad de otra, pero no a través de una sumisión psicológica, de una vinculación social, de una obediencia personal ciega, al puro capricho subjetivo del que manda; sino que es una sumisión funcional, por virtud de la cual se unifican o coordinan actividades diversas" (9).

También define ese estado de subordinación el Código de Trabajo de Panamá, al expresar, en el párrafo único del artículo 7o., que "por dependencia continua se entiende la obligación que tiene el trabajador de acatar órdenes del patrono y de someterse a su dirección, ejercida personalmente o por medio de terceros, en todo lo que se refiera al trabajo".

#### LA SUBORDINACION EN LAS DEFINICIONES DEL CONTRATO DE TRABAJO

Casi todas las definiciones que se formulan del contrato de trabajo se refieren, concretamente, al subordinado, al trabajo que se presta bajo la dependencia, bajo las órdenes, bajo la dirección o bajo la vigilancia de otro. Términos distintos se utilizan para designar un mismo elemento: subordinación. Estas definiciones, que oportunamente hemos examinado, comprenden la doctrina y la legislación positiva; y como esta última impone tal elemento, se requiere determinar, en primer término, el concepto de dicha subordinación en los textos legales vigentes.

La Ley belga extiende la subordinación a tres elementos, al definir el contrato de trabajo como aquel por el cual un obrero se compromete a trabajar "sous l'autorité, la direction et la surveillance d'un chef d'entreprise" (bajo la autoridad, la dirección y la vigilancia de un empresario). El Código Civil italiano reduce esos factores a dos, "dependencia y dirección", exigidos por el artículo 2.094 para el contrato de trabajo. El artículo 1o. de la ley portuguesa utiliza la expresión *sob as ordens*; lo cual ha dado lugar a comentarios diversos para determinar qué se entiende por "bajo las órdenes", o si hubiera sido más conveniente emplear los términos *bajo la dependencia* o *a disposición del patrono* (10). La ley española de con-

- (4) Un ejemplo, que hemos dado ya en otra oportunidad, puede servir para valorar la subordinación: un chofer celebra un contrato con una empresa de taxímetros, por el cual recibirá como retribución una tercera parte de la recaudación que marque el contador; las otras dos terceras partes corresponderán a la empresa, que se encarga de proveerlo de combustible y aceite, y que le entrega el automóvil equipado y en condiciones normales de funcionamiento. Diversas figuras jurídicas tienen relación con ese contrato: sociedad, empresa, contrato de trabajo con participación en los beneficios, etcétera. La subordinación en que se encuentra, en cuanto a las órdenes que reciba y al cumplimiento de su servicio, permitirá distinguir, a través de la efectiva prestación, si hay, o no, contrato de trabajo.
- (5) Cfr. Barassi: *Tratado de Derecho del Trabajo* (Buenos Aires, 1953), t. I, pág. 327; García Martínez: *El contrato de trabajo* (Buenos Aires, 1945), pág. 262; Dorval, Lacerda: *O contrato individual do trabalho* (San Pablo, 1939), pág. 19.
- (6) Cfr. sobre este punto: Krotoschin: *Acerca del concepto del trabajador en "Estudios dedicados al profesor García Oviedo"* (Sevilla, 1954), t. II, pág. 260.
- (7) Ob. cit., pág. 129. Cfr. además Colotti y Feito: *Patrones, empleados y obreros ante el contrato de trabajo* (Buenos Aires, 1951), pág. 21.
- (8) *Tratado de Derecho de Trabajo*, t. I, pág. 339 y Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales: *Instituto de Derecho del Trabajo* (Santa Fe, 1939), t. I, pág. 29.
- (9) *Curso de Derecho del Trabajo* (Madrid, 1952), pág. 29.
- (10) Véanse O. Ferrão: *Contrato do trabalho* (Oporto, 1938), pág. 106; y Bonhome: *Despedida justa* (Rio de Janeiro, 1944), pág. 105.

trato de trabajo, tanto en su texto original como en la reforma de 1944, consigna, al definir el contrato de trabajo en su artículo 10, la expresión *bajo la dependencia*, utilizada como sinónima de subordinación.

En cuanto a la legislación laboral iberoamericana, la Ley General del Trabajo de Bolivia y el reglamento de la misma no dan definición del contrato de trabajo, por más que el artículo 50, del citado reglamento pueda considerar algunos de sus elementos (11). Situación semejante surge con la Consolidación de las Leyes del Trabajo del Brasil, en relación con la definición que contiene el artículo 442 de la misma. Ahora bien, el artículo 30, de dicha Consolidación define al empleado como "toda persona física que presta servicios de naturaleza no eventual al empleador, bajo la dependencia de éste y mediante salario", con lo cual aparece concretado el estado o situación de subordinación. A la subordinación tampoco se refiere la definición del contrato de trabajo expuesta en el artículo 10, del Código de Trabajo de Chile, ni se concreta tal elemento en la Ley del Trabajo de Venezuela.

Mientras el concepto del artículo 80, del Código del Trabajo del Ecuador habla de *dependencia*, la Ley Federal del Trabajo de México, en su artículo 17, expresa la necesidad de que el contrato se preste "bajo su dirección y dependencia", términos severamente criticados, como veremos; pero recogidos por la Ley de Contrato de trabajo de la República Dominicana (12) y por los Códigos de Trabajo de Costa Rica (13), Guatemala (14) y Nicaragua (15). El Código de Trabajo de Panamá, se refiere, en la definición que del contrato de trabajo inserta el artículo 70, a la dependencia.

Sólo ocasionalmente ha sido definido en la República Argentina, en texto legal, el contrato de trabajo. El Decreto 8.389/46 (16), en su artículo 10., concreta la exigencia de que el trabajador preste los servicios en "relación directa de permanencia y subordinación jurídica" con uno o más empleadores; los considerandos de la disposición proporcionan un concepto bastante aproximado de lo que se entiende por subordinación jurídica (17). La índole especial del mencionado decreto no impide que pueda atribuirse a ese requisito el carácter general de exigencia para configurar el contrato de trabajo; además, la jurisprudencia argentina se manifiesta unánime en tal sentido (18).

El hecho de que casi todas las legislaciones concuerdan en admitir que el elemento típico del contrato de trabajo, en sentido propio, consiste en la subordinación (19), revela el triunfo de la doctrina, unánime en requerir como indiscutible tal requisito.

## LOS TERMINOS DE "DIRECCION" Y "DEPENDENCIA"

Se ha intentado distinguir entre los términos *subordinación* y *dependencia*, estimando que es preferible adoptar este último por ser más amplio, más flexible, por permitirle al juez moverse con mayor soltura; ya que, además, la subordinación, por su raíz latina (*sub*: bajo, y *ordinare*: ordenar), sugiere la idea de inferioridad jerárquica (20). Con independencia de ser el término *subordinación* aceptada con unanimidad por la doctrina y la jurisprudencia, vienen usándose como sinónimos uno y otro; por más que por subordinación se pueda considerar un estado —el del trabajador en relación con el empresario o patrono—, en tanto que la consecuencia de dicho estado sea la dependencia.

En las definiciones que hemos reproducido, dadas por la legislación laboral hispanoamericana, no se habla, como norma, de subordinación; empleáanse indistintamente como sinónimos los términos de *dependencia* y *dirección*, o la frase adverbial: *bajo las órdenes*. De tales vocablos o expresiones ha deducido la doctrina el estado de subordinación del trabajador con respecto al patrono. La situación, sin embargo, adquiere distinto aspecto cuando, como en el artículo 17 de la Ley Federal del Trabajo de México, al definir el contrato de trabajo, se emplea la expresión "bajo su dirección y dependencia". Las definiciones contenidas en los códigos y leyes de contrato de trabajo inspirados en la Ley Federal de México mantienen igual inclusión de ambos términos: dirección y dependencia.

De la Cueva censura aquella definición por utilizar las dos palabras como si fueran distintas (21). Sin embargo, *dirección* y *dependencia* constituyen términos diferentes, pero no antagónicos. *Dirigir* es conducir a determinado fin, aconsejar, enseñanza con que se encamina a uno a lo mejor; *dependen* es sinónimo de subordinación, reconocimiento de mayor poder o autoridad, sujeción a la orden, mando o dominio de otro. De esa forma, el legislador mexicano, a nuestro juicio con acierto, distingue el estado

- (11) El proyecto de Código de Trabajo para Bolivia, de Capriles y Arduz, al definir el contrato de trabajo, en su artículo 18, señala que el trabajador se obliga a prestar sus servicios "bajo la dependencia y autoridad" del patrono.
- (12) Ley 637, cuyo art. 10, habla de "bajo la dependencia permanente y dirección inmediata o delegada".
- (13) Art. 18. Utiliza los mismos términos que en la ley dominicana.
- (14) Art. 18. Aquí se emplea la expresión: "... bajo la dependencia continuada y dirección inmediata o delegada...".
- (15) Art. 33. Se expresa en los mismos términos que la ley dominicana, ya citada.
- (16) Dictado el 27 de marzo de 1946 (véase "Derecho del Trabajo", t. VI, pág. 196), por el cual se aclaran cuáles son los beneficiarios del régimen jubilatorio establecido por el Decreto Ley 23.682/44.
- (17) Se expresa allí que es "la facultad del empleador de dirigir y fiscalizar y de la obligación correlativa del empleado u obrero de acatar y cumplir".
- (18) La diversidad de las fuentes jurisprudenciales en materia de trabajo en la República Argentina no ha influido en esta exigencia de la subordinación. Véase nota 1 de este capítulo y la sent. de la Cám. de Apel. del Trab. (Sala III), del 31/V/1947, en "Derecho del Trabajo", t. VII, pág. 470.
- (19) Deveali: *Trabajo a domicilio y contrato de trabajo*, en "Derecho del Trabajo", t. II, pág. 103.
- (20) Fernández Gianotti: *Enfoque jurisprudencial de la subordinación* (Buenos Aires, 1949), págs. 26 y 27.
- (21) Ob. cit., t. I, pág. 396.

de subordinación de la potestad de dirigir. La dirección, en ese sentido, presenta carácter técnico; en tanto que la dependencia o subordinación ofrece índole jurídica. La ley mexicana, por tanto, no ha utilizado sinónimos; ha establecido dos requisitos que se aunan en el contrato de trabajo: la situación de dependencia, en que se encuentra el trabajador con respecto al patrono, y la potestad de éste para dirigir al trabajador en la prestación de sus servicios.

Los términos de subordinación y sujeción no son sinónimos. Sujeción indica acción de sujetar, de someter al dominio, señorío o disposición de alguno. Cabría hablar de sujeción en quien se encuentra sometido a la patria potestad; y aún, forzando el término, existe sujeción en el contrato de aprendizaje. Pero no es posible que se dé en el contrato de trabajo, pues la situación de igualdad en que se encuentran ambos contratantes impide admitir cualquier dominio o señorío.

## CARACTERES

Definida la subordinación como "un estado de dependencia real producido por el derecho del empleador de dirigir y dar órdenes, y la correlativa obligación del empleado de obedecerlas", el derivado de dirección "consiste en la facultad de establecer el tiempo, lugar y método de labor"; de tal manera que para que haya subordinación basta, pues, "con que exista no la posibilidad de dar órdenes, sino el derecho de hacerlo y de sustituir su voluntad a la de quien presta el servicio, cuando el que ordena lo juzgue necesario". No resulta indispensable la dirección ni la vigilancia constante, por bastar la sumisión a la autoridad del patrono, en el sentido de que el trabajador no tenga completa libertad.

Se confunde la subordinación con la potestad de mandar al calificarla como el derecho de dirigir el patrono las tareas que el trabajador ejecuta, vigilando su ejecución; al caracterizarla de "facultad patronal de dar las directivas para la prestación de los servicios" (22), concretada en "poner a disposición de un tercero la propia fuerza o energía de trabajo" (23).

Como han sostenido Durand y Jaussaud (24) el derecho o prerrogativa que el patrono tiene de ejercer su autoridad mediante órdenes o instrucciones de servicio, como manifestación de voluntad unilateral, que permite al patrono utilizar la fuerza de trabajo del asalariado en la forma más adecuada para los intereses de la empresa, imprime a las relaciones de trabajo su marca distintiva; ya que en otros contratos el acreedor fija solamente, de acuerdo con el deudor, el objeto de la obligación, en tanto que en el de trabajo el patrono adquiere un derecho de continua di-

rección sobre la actividad del trabajador durante el curso del contrato.

La subordinación, concebida en otros tiempos como uno de los aspectos represivos de la personalidad humana, representa en su evolución, actualmente, una equivalencia de protección manifestada doblemente: a) por su razón de amparo de la personalidad humana; b) a causa de su misión protectora de la función económica de la vida social (25). Pero no ofrece siempre iguales caracteres, pues su intensidad y valoración varían. En los países donde la civilización está menos extendida, como Africa y Asia, la subordinación se acentúa mediante una sumisión más reverente, hasta el punto de alcanzar ciertos matices vejatorios para la libertad humana (26). Igualmente, en ciertas profesiones difiere su concepción, dada la situación personal del trabajador pues en la práctica no cabe situar en el mismo plano al bracero de una plantación de cacao en la Guinea que al técnico de una gran fábrica en una populosa ciudad.

Evidentemente, en diversos órdenes de las relaciones humanas y alcanzando distintas esferas, de orden jerárquico, familiar, jurídico, económico y político, aparecen situaciones en que la subordinación desempeña papel preponderante. En el círculo del Estado existe la subordinación del súbdito al poder de la soberanía; el de la familia, la del hijo al padre; en el ejército, la del inferior al superior en grado; en la Iglesia, la del feligrés a su párroco. Todos los casos citados revelan situaciones de dependencia, disciplina, respeto y acatamiento que poco o nada presentan de comunes con el estado de dependencia del trabajador respecto al empresario, por ser los factores distintos, diferentes los elementos que concurren y diversas las condiciones en que se desarrolla. Las situaciones expresadas responden a una concepción no compartida en la relación de trabajo. No se trata en ella de intereses políticos e históricos nacionales, como en la sumisión al Estado; no concurren tampoco los principios afectivos del vínculo familiar ni el objetivo de criar y educar a los descendientes; no se comparte el rigor de la disciplina castrense; ni se funda en los anhelos de la fe. En la relación laboral se sobrepone un concepto técnico jurídico.

La subordinación implica una limitación de la autonomía individual, restricción que se produce también en todas las relaciones mencionadas: en la obediencia del hijo al padre, en la dependencia del trabajador al patrono, en el sometimiento del ciudadano al Estado, en la situación del poder jerárquico de la Iglesia (27). Por esa causa se necesita determinar la especial naturaleza de la subordinación en el contrato de trabajo, su fuente, de dónde deriva y cuál es la finalidad que se intenta alcanzar con ella. Eso es lo

(22) Trib. del Trab. No. 8, de Quilmes, sent. del 17/VII/1951, en "J.A.", 1951, IV, pág. 220.

(23) Cám. Nac. del Trab., Sala I, sent. del 10./XII/1949, en "J.A.", 1948-IV, pág. 560: "La ley", t. 53, pág. 175; y en "Derecho del Trabajo", t. IX, pág. 86.

(24) Ob. cit., pág. 430.

(25) Cf. Cassi: Ob. cit., pág. 61.

(26) Véanse autor y obra citados en nota anterior, pág. 7.

(27) Véase Cassi: Ob. cit., pág. 3.



que nos proponemos al examinar las diversas tesis formuladas.

## LA SUBORDINACION, ELEMENTO FUNDAMENTAL DEL CONTRATO DE TRABAJO

La dependencia o subordinación de una parte respecto de la otra constituye, según Martini, el rasgo más característico del contrato de trabajo (28). Considerada también la subordinación como rasgo propio, (29), el hecho es que el vínculo de subordinación existe, más o menos riguroso, en toda relación entre trabajador y patrono, en todos los países del mundo (30). La situación de dependencia configura el contrato de trabajo (31); y, cuantas veces se advierte el vínculo de subordinación en una relación de servicio, cabe afirmar la existencia de un contrato de trabajo, "cualquiera que sea la manera como se presten los servicios o el modo de remunerarse (32). La dependencia personal del trabajador con respecto al patrono (33) no es, como dice De la Cueva, "un dato que estemos en aptitud de aceptar o rechazar, sino que es un hecho real que se impone" (34) y se concreta en necesidades derivadas de la prestación de servicios.

El Derecho Laboral omite examinar el trabajo independiente, y suponer siempre un estado de subordinación del trabajador (35); estado que integra, además, un segundo elemento considerado como característico en el contrato de trabajo (36).

En general, la legislación positiva se inclina a admitir, como elemento esencial del contrato de trabajo, la subordinación o dependencia; tanto es así, que en las diversas definiciones que han sido dadas del contrato de trabajo en códigos y leyes especiales encontramos en forma expresa la exigencia de este elemento (37).

Destaca la jurisprudencia argentina, a través de múltiples pronunciamientos, la necesidad de una relación subordinada o dependiente de trabajo como nota esencial del contrato de trabajo.

## INSUFICIENCIA DE LA SUBORDINACION COMO ELEMENTO DEFINIDOR

Pretender que allí donde existe subordinación entre las partes se encuentra una prestación de servi-

cios regida por las normas de la legislación laboral es llegar a una conclusión demasiado absoluta. Que la subordinación es uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo no se discute; pero no constituye el único elemento que permite distinguir o diferenciar este contrato de los demás, especialmente de la locación de servicios y de la locación de obra. En el caso del trabajador a domicilio, del viajante de comercio, de determinados profesionales y altos empleados, de quienes trabajan fuera de la vigilancia directa de sus patronos o empresarios, como ocurre con los peones de taxímetro, etcétera, la subordinación se diluye. pierde intensidad, hasta no poderse diferenciar apenas en ciertos casos el trabajo autónomo y el prestado en aquellas condiciones.

Por otra parte, hay situaciones en que una misma actividad cambia de fisonomía jurídica según el lugar u orden en que es prestada. Un médico que visita a un enfermo en su domicilio puede hacerlo por orden de un patrono, para comprobar lo fundado de la falta de asistencia del trabajador. Pues bien, el vínculo jurídico que nace de esa prestación varía según la forma de retribución convenida, la asiduidad con que el servicio se presta y las condiciones particulares de cada caso concreto. En las dos posiciones extremas no hay mayor dificultad, pues el médico que visita una vez, cumpliendo instrucciones de un patrono a un trabajador en su domicilio, pasa el correspondiente informe y percibe sus honorarios por la visita efectuada, no se ha encontrado ligado por un contrato de trabajo, y es evidente que estamos en presencia de una locación de servicios; por el contrario, el médico que percibe un honorario fijo mensual, con la obligación de visitar a los trabajadores de una empresa en su domicilio, a fin de controlar la causa de la ausencia está vinculado por un contrato de trabajo. Pero ya las zonas grises se presentan cuando esa visita se hace sobre la base de honorarios, sin obligación de concurrir el médico al establecimiento patronal y con percepción de aquéllos en relación al número de visitas que efectúe.

Hay ocasiones en que la subordinación se degrada, en las cuales pierde, por así decirlo, consistencia, y con ello no se puede llegar a definir si entre las partes existe un auténtico pacto laboral o no. Ocurre así especialmente ante ciertas situaciones jurídicas donde se desvirtúa la existencia de un contrato de

(28) *La notion du contrat de travail* (París, 1912), pág. 108.

(29) Cfr. García Martínez: *El contrato de trabajo* (Buenos Aires, 1945), pág. 85.

(30) Cfr. Cassi: Ob. cit., pág. V.

(31) Cfr. Montoya Manfredi: *El contrato de trabajo en la legislación moderna y en el Código Civil peruano*, en "La Prensa" (Lima, No. del 5 de febrero de 1939).

(32) Alimosny: *El contrato de trabajo* (Caracas, 1939), pág. 38.

(33) Dice D'Eufemia, en la obra de Borsi y Pergolesi (*Tratato di Diritto del Lavoro*, t. I, pág. 100); "Elemento constitutivo fundamental del contrato individual de trabajo, incluido como figura contractual autónoma, es la subordinación o dependencia personal del trabajador al dador de trabajo". En idéntico sentido, Benito Pérez: *Las sanciones disciplinarias en el contrato de trabajo en "Derecho del Trabajo"*, t. VIII, pág. 5.

(34) *Derecho mexicano del Trabajo* (México, D.F., 1943), t. I, pág. 406.

(35) Cfr. Durand y Jaussaud: Ob. cit., t. I, págs. 7 y 8.

(36) Cfr. Durand y Jaussaud: Ob. cit., t. I, pág. 228; consideran como primer elemento característico del contrato de trabajo la prestación de servicios; el segundo elemento, y el que marca más profundamente con su sello al contrato de trabajo, consiste en "el estado de subordinación del trabajador"; y el tercer y último elemento lo integra la realización de actos materiales.

(37) Con evidente exageración ha llegado a afirmar J. Vicent (*La dissolution du contrat de travail* - París, 1933-, pág. 30): "Si hay dependencia, existe contrato de trabajo", lo que no es cierto ya que el hijo de familia, por ejemplo, depende del parte y su relación jurídica no es la que emana de un contrato de trabajo.

trabajo entre las partes. Se ha llegado a afirmar, contradiciendo anteriores conclusiones, que la existencia de un nexo de subordinación no es atributo propio del contrato de trabajo que permita diferenciarlo de la locación de servicios, que también caracteriza a éste y la distingue de otros contratos.

La dificultad está en que el trabajo no siempre se presta o ejecuta con igual intensidad en cuanto al vínculo de subordinación, con diferencias notables entre las situaciones que se plantean. El casuismo llega a proporciones imposibles de determinar y menos todavía cabe resolverlas *a priori*. Es necesario que se dé la prestación para determinar si ésta constituye, o no, el objeto de un contrato de trabajo.

Por lo tanto, el problema relativo a la determinación del contrato de trabajo exige la presencia de otros elementos que participan en la relación jurídica; los cuales permiten, en cada caso particular, determinar la naturaleza del vínculo existente entre las partes.

### SUBORDINACION Y ESTADO DE FAMILIA

Se ha observado que el estado de subordinación se encuentra en otros campos; por ejemplo, en el Derecho de Familia, con la diferencia substancial, a juicio de Barassi, de que es contractual en la relación de trabajo, y legal en aquel otro Derecho. "En el primer caso, el estado de subordinación es una creación artificial del contrato que señala sus límites; en el otro, en cambio, es un hecho natural que, en cierto sentido, preexiste al derecho, como es preexistente el núcleo familiar. El mismo concepto se halla insito en el poder de soberanía o, más exactamente, en la potestad de imperio del Estado, que también da lugar a un vínculo de subordinación del súbdito al Estado. En todos estos casos de subordinación hay un elemento común; pues, allí donde hay organización (Estado, familia, empresa), debe haber necesariamente subordinación a una voluntad central organizadora, para que los fines de la organización puedan lograrse. Salvo este elemento común, cada hipótesis tiene fisonomía propia, y es inútil y peligroso todo ulterior examen comparativo" (38).

Por más que se considere la función del empresario asimilada en ciertos aspectos a la de un buen padre de familia, el concepto del *pater familias* y el del jefe de empresa difieren fundamentalmente; ya que la organización familiar se funda en principios derivados de la naturaleza humana, con las exigencias propias de un sistema basado en el respeto y en la consideración que surgen de la sangre o del afecto;

000251  
en tanto que, en el sistema económico que constituye la empresa, la función del jefe de ésta nace de las necesidades de la producción, y la subordinación se impone como exigencia propia de un sistema que requiere, como necesidad imperativa, la pérdida de una parte de la libertad para lograr con ello el mejor cumplimiento de aquella finalidad.

Son, pues, dos conceptos que se diferencian aún mejor en la vida normal de relación, por los diversos caracteres de las instituciones a que pertenecen.

### TRABAJO SUBORDINADO Y TRABAJO AUTÓNOMO

Al tratar de la locación de obra se consideró el trabajo autónomo o trabajo independiente. La nota distintiva del trabajo objeto del contrato del mismo nombre consiste en que la prestación no sea libre, autónoma; el trabajador se encuentra en situación tal, que debe atender las órdenes del patrono o empresario y recibir de éste instrucciones en la prestación de sus servicios.

La legislación laboral se propone amparar a los trabajadores subordinados (39), la nota de subordinación se exige para aplicar las disposiciones legales dictadas con el fin de proteger a los trabajadores.

Sea o no sea la subordinación nota exclusiva del contrato de trabajo, y exista dicha subordinación en mayor o menor grado en la locación de servicios y en el mandato, el hecho es —como señala Ramírez Gronda— que constituye "el elemento relevante e inseparable y, juntamente con las otras dos notas —continuidad y profesionalidad—, determina su propia individualidad jurídica; esto es, su peculiar manera de existir, que lo distingue de las otras figuras" (40).

Como oposición al trabajo subordinado aparece el autónomo; esto es, aquellas prestaciones que se ejecutan sin relación alguna de dependencia. En las posiciones extremas la solución es fácil, pero existen zonas fronterizas donde se torna difícil la determinación exacta de la naturaleza del vínculo que liga a las partes; y más todavía en el presente, en que ciertos trabajos autónomos son sometidos al mismo régimen jurídico del subordinado. En ocasiones la naturaleza de la actividad, según sea manual o intelectual, hace que por diluirse la subordinación, aparezca el trabajador actuando con determinada autonomía. El casuismo en esta materia llega a límites inabordables, por más que la doctrina sea firme en excluir al trabajador autónomo del área de protección de la legislación laboral (41).

(38) Ob. cit., vol. I, pág. 400. Cfr., además, sobre el tema: Pimpão: *Aviso previo* (San Pablo, 1945), pág. 56.

(39) Una sentencia de la Sala V del Tribunal Supremo de España (del 16 de noviembre de 1933, "Gaceta" del 13 de mayo de 1935) reveló consideración semejante al señalar: "La nota que, en el terreno científico, puede y suele ser utilizada para caracterizar el contrato de trabajo y definir la figura del trabajador es la subordinación o dependencia del deudor del trabajo al acreedor, en consideración a que la moderna legislación social, estrictamente obrera en su iniciación, va ensanchando el ámbito de su aplicación a toda clase de asalariados y empleados, con la sola exclusión de los intelectuales y técnicos de categorías elevadas".

(40) *El contrato de trabajo*, pág. 185.

(41) Cfr. Barassi: Ob. cit., t. I, pág. 329; Menéndez Pidal: *Derecho Social español* (Madrid, 1952), t. I, pág. 228; y Demo: *Profesiones libres y trabajo subordinado*, en "Gaceta del Trabajo", t. 23, pág. 8.

## FORMA DE LA SUBORDINACION

Existen *diversas formas* de manifestarse la subordinación; concretada, como hemos visto, en la facultad de regir la actividad del trabajador. Su categoría esencial, si así puede decirse, se revela en la potestad patronal de dirigir la prestación laboral a los fines de la producción.

En las formas o maneras de manifestarse la subordinación se desprenden los caracteres esenciales de ésta; a juicio de Pozzo son: 1o. Ante todo, la subordinación consiste en un poder de carácter jurídico del patrono sobre el empleado. 2o. Este poder se desarrolla entre hombres libres y se circunscribe a la actividad del empleado en la prestación laboral comprometida; fuera del campo del trabajo, el patrono carece de derechos para dirigir las demás actividades del empleado. 3o. El poder del patrono, como facultad jurídica, se refiere tan sólo a dirigir la actividad laboral del empleado, a fiscalizarla y a hacerla cesar. 4o. La subordinación ofrece distinta intensidad, según las clases de tareas desempeñadas: indudablemente ha de ser menor cuando las actividades tengan mayor carácter técnico o de responsabilidad. 5o. La subordinación no desaparece por el hecho de que el empleado desempeñe tareas de colaboración o de confianza con el patrono, o tenga alguna participación económica en la empresa, si sus funciones están sujetas a las instrucciones del empresario. 6o. La subordinación no exige que el trabajo se preste bajo la vigilancia directa del patrono, de sus apoderados o delegados. 7o. La subordinación no implica distinciones entre trabajo material y trabajo intelectual, ni admite distinto tipo de empleado según sea la índole de las actividades que ejercen. 8o. La subordinación jurídica no se funda en la económica, ni en la mayor o menor retribución que reciba el empleado. 9o. La subordinación puede existir aun en el caso de los que ejerzan profesiones liberales, si el profesional se somete total o parcialmente a una relación de trabajo retribuido y en situación jurídica. 10. El ejercicio de un mandato puede coexistir con un contrato de trabajo en un mismo empleado, sin que, por el hecho de regir el primero, pierda el mandatario su calidad de empleado subordinado, si se llenan los requisitos de la subordinación. 11. Faltando la nota de subordinación en la relación laboral, quien presta su actividad a otro, mediante retribución, realiza un trabajo autónomo (42).

Los caracteres indicados revelan, en síntesis, en cuanto a la subordinación, la valoración de los diversos elementos que integran el contrato de trabajo ante la situación de dependencia del trabajador frente al patrono. Sin embargo, falta por determinar la verdadera naturaleza de la subordinación; pues, aún cuando ya hemos expresado su índole contractual, derivada del contrato entre las partes, la doctrina vacila y establece distintas concepciones, que conviene examinar.

Como bien se ha sostenido, la subordinación, como elemento constitutivo del contrato de trabajo,

varía de intensidad, pasa de un máximo a un mínimo, a medida que de las distintas formas de esa especie de contrato, preferentemente materiales, se alcanzan aquellas otras donde predomina el aspecto intelectual; a medida que el trabajo se espiritualiza, la subordinación disminuye, y se intensifica la iniciativa personal del trabajador. Así ha podido decirse que la dependencia o subordinación es menor *cuanto mayor* es la categoría del trabajador; causa por la cual la nota de subordinación se presenta con características especiales respecto de empleados superiores, que se desenvuelven con mayor libertad de acción.

La posición del trabajador es de mayor o menor libertad, conforme a la índole de su prestación de servicios, para realizar su trabajo de acuerdo a las nociones teóricas o prácticas que posea, teniendo la subordinación sus límites en la profesión del trabajador, en las condiciones del contrato y en causas impuestas por el orden público.

El grado de intensidad del estado de subordinación varía también de acuerdo con la naturaleza del trabajo; por esa causa podemos fundar como título de aquélla la índole del trabajo que se presta. La calidad del esfuerzo a prestar determina cambios en las múltiples notas sensibles de la subordinación. La colocación dentro de la empresa de los diversos elementos que participan en ella modifica la intensidad de los lazos que unen al trabajador, en orden a su prestación, con la necesidad a que la sirve. Variando la naturaleza de la prestación, se modifica la subordinación, que presenta también distinto carácter según la clase de trabajo de que se trate (42a).

Para que exista verdadero contrato de trabajo, tratándose de una prestación liberal, es necesario que se desenvuelva como función de colaboración permanente, con vínculo continuado y evidente jerarquía, con subordinación al empresario.

### B) NATURALEZA JURIDICA

#### PLANTEAMIENTO

Uno de los problemas más difíciles que presenta el estudio del contrato de trabajo es, precisamente, el de la fijación de la naturaleza jurídica de la subordinación; pues, si bien la doctrina está conteste en afirmar que se trata de un elemento esencial de aquel contrato, no ha llegado, al menos con mayoría definida, a determinar su fundamento ni de dónde se origina ese estado por el cual una de las partes, en la ejecución de un contrato, se encuentra sometida a la otra, y la razón que justifica un poder jerárquico dentro de la empresa.

Diversas doctrinas procuran fundamentar la potestad jerárquica que ejerce el patrono o empresario sobre el trabajador o, en enfoque pasivo, cual reverso de esa medalla, el estado de subordinación de éste hacia aquél: a) la dependencia económica; b) la depen-

dencia económica; c) la jurídica; d) la que se deriva del contrato de trabajo.

### LA SUBORDINACION ECONOMICA

Señala que la dependencia económica del contrato de trabajo se considera con su carácter de prestación de servicios "viajantes" (44), en el contrato de trabajo y deriva de

Consecuentemente, expresiones de servicio propio de los círculos sin residencia. Pero en los casos, existiendo que los trabajadores tienen, en la organización que se induce se previene en el dependiente de dar el contrato de trabajo (43).

(43)

(44)

(45)

(46)

(47)

(48)

(42) *Derecho del Trabajo* (Buenos Aires, 1948), t. I, págs. 466 y 467.  
(42a) Cfr. Alonso García: *Derecho del Trabajo* (Barcelona, 1960), t. I, pág. 45.

dencia técnica; c) la que emana del propio contrato; d) la jurídica; e) la institucional; f) la de la necesidad a la que sirve, como valor de ejecución del contrato de trabajo.

### LA SUBORDINACION COMO DEPENDENCIA ECONOMICA

Señala André Brun que "la dependencia económica sustituye a la dependencia jurídica, elemento del contrato de trabajo hasta entonces esencial. Se consideró digna de protección la persona que obtenía con su trabajo su principal medio de subsistencia, prestando regular y enteramente su actividad en beneficio ajeno. Así, los representantes, corredores y viajantes de comercio han sido asimilados a los asalariados" (43). Tesis bastante semejante ha sido formulada por la Sala V del Tribunal Supremo de España (44), y concretada por Cassi, al decir que, en el contrato de trabajo, la subordinación personal del trabajador al dador de trabajo tiene finalidad económica y deriva del contrato.

Con exageración, marcando ciertos matices y acentuando la nota de la potestad patronal, De Moraes expresa: "No hay duda de que, dentro de su establecimiento, el patrono es soberano en sus órdenes de servicio. Y eso por una razón muy simple: en el régimen capitalista, en el cual vivimos, es el patrono el propietario de su negocio, y por eso se le juzga señor de los cielos y de la tierra. Todo lo que se quisiera decir o escribir a más de eso serían simples disquisiciones sin fundamentos: en el *derecho de propiedad* reside todo el poder jerárquico y disciplinario (45). Pero ocurre que también en los regímenes socialistas, en los que ha sido abolido nominalmente el capitalismo, existe una organización laboral dentro de la cual hay quienes mandan y quienes obedecen; y en ellos los trabajadores se encuentran subordinados a los que tienen, por los puestos que ocupan dentro de la organización, facultades de dirección. Es un solo sistema el que se incorpora a la industria y a las actividades productivas y el cual no tiene su origen, por más que así se pretende, en la situación de dependencia económica en la que aparentemente se encuentra el trabajador en relación a quien dirige la producción. Esa dependencia económica, como sostiene Cesarino, puede darse sin haber contrato de trabajo, y existir contrato de trabajo sin destacarse la dependencia económica (46).

El criterio de la dependencia económica es, además, inaceptable, porque, como sostiene Orlando Go-

mes, en vez de fundarse en el examen de "la relación jurídica para distinguirla de los contratos fines, se funda en el análisis de la situación de hecho en que se encuentra una de las partes. De tal manera que, en último análisis, para saber si determinada relación jurídica está dentro del contrato de trabajo, es necesario hacer una investigación sobre la vida de aquel que ejerce la actividad (47).

La dependencia económica recoge como interpretación un nexo circunstancial y desprovisto de contenido jurídico. La superioridad económica es factor muchas veces aleatorio, y otras de muy difícil apreciación. El propietario de un automóvil taxímetro y el peón que coopera en la explotación pueden encontrarse en igual situación económica; pues sería difícil determinar quién depende de quien en orden a la cuantía de los ingresos. En ese caso, para distinguir la subordinación, sería necesario la participación de otro elemento: quién da órdenes, quién presta obediencia, quién depende de otro en relación a la ejecución del trabajo. La subordinación y su consecuencia, que es el poder jerárquico del empresario sobre el trabajador, no puede emanar de un factor ajeno a la propia prestación de los servicios.

La dependencia económica, como con acierto observa D'Eufemia, constituye una relación prejurídica, la relación social sobre la cual descansa normalmente la relación jurídica del trabajo (48), y si bien tiene, en a relación de trabajo, gran importancia histórica y jurídica, por cuanto hace inútil y vana la forma de igualdad jurídica en uno de los sujetos del contrato y general la injusticia económica contractual, esa dependencia económica no es un elemento decisivo en la estructura formal de la relación de trabajo; pues, aun faltando ella, subsiste igualmente la dependencia en sentido técnicojurídico. El hecho, además, de que una de las partes experimenta la necesidad económica, para poder subsistir, de prestar un servicio a la otra, sólo constituye un motivo determinante del contrato, y no una causa efectiva para que la dependencia se mantenga durante la prestación de dicho servicio. Por otro lado, podría darse el caso de gozar de suficiente independencia económica el que presta sus servicios como trabajador; en tal supuesto, no existiría dependencia de tal índole del trabajador con respecto al patrono. La subordinación se produce en todos los contratos de trabajo, cualquiera sea la posición personal de las partes; razón por la cual la situación de dependencia no surge de un hecho económico, sino de otras causas.

(43) *La evolución del Derecho francés del Trabajo*, en "La Ley", t. 16, pág. 138. (sec. doct.)  
(44) En sentencia del 28 de mayo de 1934 ("Gaceta" del 8 de setiembre de 1935), en la cual se expresaba: "Al concepto íntegro de óirero no afectan ni las funciones de vigilancia encomendadas a una persona, dada la persistencia del vínculo que la subordina directamente al patrono, ni esta condición por sí sola es suficiente para la diagnosis diferencial del fenómeno; ya que la dependencia tanto importa como una disciplina o sumisión de voluntad a que todo engrane, con el indefectible y recíproco enlace de la moderna organización económica, expresión subjetiva ésta que es preciso coordinar con los atributos cardinales del trabajador y con las referencias al origen de sus ingresos normales, como único medio de satisfacer las condiciones de vida mediante la consagración estable de su actividad al servicio ajeno, a cambio de un salario, sea cual fuese su forma y cuantía".  
(45) *Contrato de trabalho* (Río de Janeiro, 1944), pág. 123.  
(46) *Natureza do contrato individual de trabalho* (Río de Janeiro, 1938), pág. 81. Cfr., además, Zinguerovitch: *La notion du contrat de travail* (París, 1936), pág. 35.  
(47) *Introdução ao Direito do Trabalho* (Río de Janeiro, 1944), págs. 106 y 107.  
(48) En el Tratado de Borsi y Pergolesi, t. I, pág. 109.

La situación de inferioridad económica en que se suele encontrar el trabajador en relación al patrono asegura una serie de medidas que tienden a proteger a aquél; pero no influye para nada en la determinación de la naturaleza jurídica del contrato que tiene por objeto una prestación de servicios laborales. Esa dependencia económica, a lo más, como ha sostenido Herz, pasa a un segundo plano y no desempeña sino un papel accesorio, que sirve para determinar más exactamente el estado de dependencia técnica (49). Por otra parte, los elementos que se exigen para que haya dependencia económica conciden mejor con la protección especial que dispensa la legislación laboral orientado a ésta que para fundamentar la estructura jurídica del contrato de trabajo.

Como sostiene Gomes, la noción de dependencia económica es muy vaga e imprecisa, ya que una persona puede depender de otra económicamente sin estar unida a ella por un contrato de trabajo. Jacobí afirma que "un contrato de trabajo puede existir en dependencia económica, del mismo modo que la dependencia económica puede existir en la prestación de trabajo a destajo y en el trabajo autónomo; la dependencia económica se encuentra frecuentemente, más no acompaña necesariamente el contrato de trabajo. Ocurre, en la mayoría de los casos; y es, hasta cierto grado, sintomática, más no es esencial". A ello Rouast agrega el ejemplo de una persona que "no teniendo celebrado un contrato de trabajo, depende con todo económicamente de otra; es el caso de un industrial que, viviendo exclusivamente de los productos de una fábrica que posee, celebra con otro un contrato por el cual se obliga a suministrarle la totalidad de la producción. En el caso, la dependencia económica es evidente. Más ni el industrial es empleado, ni el contrato celebrado es de trabajo" (50).

#### LA TESIS DE COLIN

A juicio de Colin no cabe separar, en forma categórica, la subordinación jurídica de la subordinación económica; ya que, en la mayoría de los casos, tanto una como otra servirán para caracterizar el contrato de trabajo; por lo que la solución aparece uniendo subordinación jurídica y subordinación económica, por cuanto el hecho de dar órdenes no es bastante característica del contrato de trabajo, pues el propio "prestador" puede recibir órdenes de aquel que le hace trabajar. "El término fiscalización, que los tribunales emplean, implica también, además del derecho de ordenar, una relación constante de individuo a individuo, relación que está precisamente caracterizada por el hecho de que el trabajador esté unido económicamente al empleador, el cual le dedica su

fuerza de trabajo con el fin principal de percibir los salarios que este mismo patrono le debe (51). Como conclusión, Colin formula el siguiente concepto, el que ha tenido fácil expansión, y que concreta la subordinación jurídica como "un estado de dependencia real, producido por un derecho: el derecho del patrono de dirigir, de dar órdenes; de donde surge la obligación correspondiente para el trabajador de someterse a esas órdenes. Esa es la razón por qué se ha llamado a esto: *subordinación jurídica*, para oponerla principalmente a la *subordinación económica* o a la *subordinación técnica*, que implica, sin duda, una dirección que ha de darse al trabajo del trabajador; pero dirección que proviene de un técnico. En la subordinación jurídica, al contrario, se trata de un derecho general de fiscalizar la actividad de otro, de interrumpirla o suscitarla a voluntad, de trazarle límites, sin que sea necesario fiscalizar continuamente el valor técnico de los trabajos ejecutados. Dirección y fiscalización, tales son los dos polos de la subordinación jurídica" (52). He aquí como, sin proponérselo, ha establecido Colin un concepto que tuvo fácil fortuna y extraordinaria expansión; y basándose en él, aún fundada su primera posición en la dependencia económica, pasa a considerarse, sobre la base de tal idea, como valor predominante el de la dependencia jurídica, que no es precisamente el sostenido por aquel autor.

#### SUBORDINACION JURIDICA

Afirmase que la "única noción precisa es la subordinación jurídica, porque corresponde a un derecho y a una obligación: el derecho del patrón de dirigir a su empleado y la obligación de éste de obedecerlo" (53).

Al sostener que la dependencia del trabajador respecto al patrono es en esencia jurídica se señala que corresponde precisamente a una situación jurídica proveniente de haber sido establecida, en la ley y en el contrato, como derecho y obligación (54). A esa tesis, expresada en la jurisprudencia francesa e italiana, se ha plegado la argentina, con la cual coincide gran parte de la doctrina, influida principalmente por Colin.

Ramírez Gronda hizo suya la tesis de Colin (55); señala que "la subordinación jurídica, consiste, cabalmente, en el derecho patronal de dar instrucciones y en la correlativa obligación del trabajador de acatarlas; el patrono dispone y fiscaliza, entonces, como creador de una prestación contractual. Esta subordinación, además, no está encajada en un ámbito físico o temporal determinado de validez. Ella consiste para

(49) *Le contrat de travail* (París, s/f), pág. 898.

(50) Citas tomadas de Gomes: Ob. cit., pág. 107.

(51) *La détermination du mandat salarié* (París, 1931), págs. 98 y 99, *passim*. Cfr. además conceptos de Colin que reproducen: Dorval Lacerda: Ob. cit., pág. 31; De Moraes Filho: *Introdução ao Direito do Trabalho* (Rio de Janeiro, 1956), pág. III; Ramírez Gronda *Código del Trabajo y de la Previsión Social* (Buenos Aires, 1941), pág. 53; y Fernández Gianotti: Ob. cit. pág. 6.

(52) Ob. cit., pág. 97.

(53) Borda: *El contrato de trabajo y su diferencia con la locación de obra*, en "La Ley", t. I, pág. 109 (sec. doct.).

(54) Cfr. Cassi: Ob. cit., pág. 129.

(55) Tanto en su obra *Derecho del Trabajo en la República Argentina* (2a. ed., Buenos Aires, 1940), pág. 97, como en *Código del Trabajo y de la Previsión Social*, pág. 53, y en *El contrato de trabajo*, pág. 192.

el dador c  
en otros.  
cesar. y  
Apelación  
posibilidad  
dor. cuan

La :  
adhiera u  
cierta pre  
darios de  
de trabajo  
no es má  
verdadero  
al deudor.  
dor" (58)  
Mendoca.  
bordinaci  
tes del co  
nar y el t  
del patrón  
que el con  
te se expi  
cuenta. e  
rídico de  
del trabaj  
constituye  
se resume  
y en el co  
con la fac  
ducción y  
a esa dire  
Partiendo  
el recorda  
jurídico d

La j  
inclina a s  
to tipifica  
siste. para  
ocasiones  
y, en todo  
su volunt  
oportuno  
relaciones  
superiores  
derecho  
cómo ad  
También  
de trabaj  
del empr  
bajadores  
versas fo  
reglamen  
lics en k  
más efica

El  
orientada  
de la su  
"JORNAL:

(56) Etc  
(57) D  
(58) No  
(59) Ca

el dador del empleo, en algunos casos, en dar órdenes; en otros, en la sola posibilidad de darlas o de hacerlas cesar, y siempre —como lo tiene dicho la Corte de Apelación de Dijón, 19 de febrero de 1932— en la posibilidad de sustituir su voluntad a la del trabajador, cuando lo creyere conveniente” (56).

La tesis de la subordinación jurídica, a la cual adhiere también Cesarino (57), fue formulada con cierta precisión por Anastasi, al decir que “los partidarios de que la dependencia es elemento del contrato de trabajo de naturaleza jurídica sustentan que ella no es más que la exaltación de un elemento siempre verdadero en las obligaciones en las cuales, vinculando al deudor, está limitada su autonomía frente al acreedor” (58). Ratifica su opinión citando a Carvalho de Mendocça, quien sostiene que “la dependencia o subordinación del trabajador significa que, en los límites del contrato, el patrono tiene el derecho de ordenar y el trabajador el deber de obedecer. El arbitrio del patrono tiene su frontera en la serie de deberes que el contrato y la ley imponen”. En forma semejante se expresa Barassi; firma que el trabajador se encuentra, en relación con su patrono, en un estado jurídico de subordinación, pero limitado a la técnica del trabajo. Ese estado jurídico de subordinación no constituye sino una serie de relaciones jurídicas, que se resumen así: en un derecho de mando del patrono y en el correlativo deber de obediencia del trabajador, con la facultad que el patrono tiene de dirigir la producción y la obligación del trabajador de someterse a esa dirección, fruto de una relación jurídica (59). Partiendo de un fundamento de carácter técnico llega el recordado maestro a formular la tesis del carácter jurídico de la subordinación.

La jurisprudencia de los tribunales argentinos se inclina a sostener que la subordinación, como elemento tipificador del contrato de trabajo, es jurídica; consiste para el empleador, en dar órdenes en algunas ocasiones y en otras, en la sola posibilidad de darlas; y, en todos los casos, en la oportunidad de subsistir su voluntad a la del trabajador cuando lo considere oportuno; la misma es jurídica, puesto que, “en las relaciones entre patronos y trabajadores, no hay superiores ni inferiores; y si bien aquéllos tienen el derecho de mandar, no lo hacen como dueños, sino como acreedores de una prestación contractual”. También ha sostenido como rasgo típico del contrato de trabajo la dependencia, “que es el poder jurídico del empresario de disponer de la fuerza de los trabajadores, poder que se traduce en la práctica en diversas formas, sea imponiendo horarios, estableciendo reglamentos o disponiendo de la actividad de aquéllos en la forma que a juicio del empresario resulte más eficaz a los intereses de la empresa”.

El Tribunal Supremo de Colombia, siguiendo la orientación doctrinaria sobre la naturaleza jurídica de la subordinación, ha llegado a sostener que ésta “consiste en la facultad de impartir órdenes al asal-

ariado, de donde surge para éste la obligación ineludible de someterse a ellas, acatarlas y cumplirlas”.

Conviene tener en cuenta que es muy necesario evitar la confusión frecuente entre la naturaleza de la subordinación y el motivo determinante de la misma. Las razones que motivan la subordinación del trabajador al patrono pueden tener distinto peso y ser de diversa naturaleza; pero todos los motivos indicados —tanto los de orden económico como los de carácter jerárquico y técnico— conducen a concebir la subordinación como una derivación del contrato y de la ley. Quien no está subordinado no es, según la ley, trabajador; quien contrata la prestación de sus servicios se somete a una dependencia necesaria en la ejecución de las tareas a que se obliga. Mientras la dependencia técnica no aparece sino en ciertos casos, la jurídica está impuesta siempre que exista un contrato de trabajo, pues constituye elemento propio e indispensable de éste. Los altos empleados no se encuentran sometidos a dependencia técnica; pues regulan, generalmente, la de los demás. Hay trabajadores que tampoco están supeditados a una dependencia económica y, sin embargo, hay dependencia jurídica y contractual; entonces, aún cuando no se dé la subordinación económica y la técnica, existe contrato, por la razón de ser la misma condición esencial de dicho vínculo.

Ahora bien, el contenido de la subordinación jurídica consiste en el hecho de que un individuo se obligue, contractualmente, a prestar su energía a otro; esto es, su trabajo, su actividad laboral. No estando determinado previamente el contenido de la prestación, el acreedor de trabajo tiene derecho, por su contrato, no sólo a pretender la ejecución del trabajo, sino a determinar, cada una de las veces, el contenido de esa prestación.

Quienes afirman que la subordinación es de carácter jurídico porque “emana del estado jurídico creado por el contrato de trabajo”, penetran en un círculo vicioso, pues toman un efecto del contrato, pero no determinan la causa. Y si bien, como sostiene Gomes, ese criterio puede suministrar una orientación segura para la identificación del contrato de trabajo, ya que, cuantas veces se manifiesta la subordinación jerárquica en una relación jurídica que tenga por objeto el trabajo del hombre, el contrato de que proviene esa relación es de trabajo; no sirve para estructurar con él la verdadera naturaleza jurídica del hecho por el cual el trabajador se encuentra bajo la dependencia del patrono, esto es, su estado de subordinación.

#### SUBORDINACION TECNICA Y JERARQUICA

Se estima que la teoría de la dependencia técnica, por su poco predicamento, ha quedado aislada, lo cual no es cierto, pues la misma está incorpora-

(56) *El contrato de trabajo*, pág. 192.

(57) *Direito Social brasileiro* (2a. ed.; San Pablo, 1943), t. II, pág. 105.

(58) Nota en rev. “La Ley”, t. 15, pág. 330.

(59) *Corso di Diritto del Lavoro* (Milán, 1935/36), t. I, pág. 622.